
S. NICOLAS DE BARI EL MAGNO.

POR
LOS MARQVESES DE AZIALCAZAR,
DON DIEGO BENITEZ DE LVGO XVAREZ,

Cauallero del Orden de Alcantara, y Doña Florencia Viña de Vergara Grimòn, ſu muger, que primero lo fue del Marquès de Torre-Hermoſa;

EN EL PLEYTO, CON
EL MARQVES DE MEJORADA, Y DE LA BREÑA;

Y CON

EL MAESTRO DE CAMPO DON ESTEVAN de Llarena Calderon, como marido de Doña Franciſca Viña de Alvarado,

SOBRE

La ſuceſsion del Titulo de Marquès, Eſtado, y Mayorazgo de Azialcazar, y renta del Eſtanco de Tabaco de Seuilla, que fundò Don Baltaſar de Vergara Grimòn, primer Marquès de Azialcazar.

PRETENDEN DON DIEGO BENITEZ de Lugo, y Doña Florencia Viña de Alvarado su muger, se confirme la sentencia de revista, que en su favor se diò, y pronunciò por la Real Chancilleria de Granada, de que por los Marqueses de Mejorada, y de la Breña se ha interpuesto la segunda suplicacion, con la pena, y fiança de las mil y quinientas doblas.

1 ESTA Controversia viene à la vltima censura de la segunda suplicacion, interpuesta por los Marqueses de Mejorada, aviendo obtenido en ella Doña Florencia Viña tres sentencias conformes de toda conformidad, porque el Consejo le diò la tenuta, y la Chancilleria por sus dos sentencias le declarò la propriedad; y aviendose disputado ambos juizios con tan riguroso examen, por terminos tan dilatados, y con tan plena defensa de todos los litigantes, que no se han escrito papeles, sino libros; especulado, y determinado por tantos, y tan grandes Iuezes, debemos afirmar viene à esta vltima censura la materia desta question, *tot oculis spectata, tot insinuata sensibus, tot insuper locata manibus*, que como dize la *Auth. Hac consultissima, C. qui testam. facer. pos. sed ne locum quidem vllum relinquat insidijs, cap. Licèt causam de probat. cap. Extra conscientiam distinct. 64.* Y que el aver suplicado segunda vez, solo puede conducir, *vt per ampliores homines veritas reveletur, vt in l. fin. C. de fideicommis.*

2 Porque *quidquid, vel omnes, vel plures, vno eodemque sensu manifeste, velut quodam consentiente sibi Magistrorum consilio accipiendo, tenendo, tradendo, firmaverunt, id pro indubitato, certo, ratoque habetur*, vt ait Vicentius Lyrinensis *adversus prophanas novitates, cap. 37.* Y assi justamente determinò la *L. vnic. C. Theodos. de possession. ab eo, qui vis provocaver. Qui gemino iudicio fuerit superatus, nec tamen obstinationem illam putaverit relinquendam, sed iterum provocandum esse crediderit, ab eo ad petitorem mox possessio transferatur:* porque como dize la *Clem. 1. §. Quod etiam de sentent. excommunicat. integrum fore iudicium, quod plurimorum sententijs com-*

probetur, *cap. Prudentiam de offic. & potestat. iudic. delegat. dict. cap. Extra conscientiam distinct.* 64. Y en esta misma forma lo previene nuestra ley de Partida 25. *tit.* 23. *part.* 3. en aquellas palabras, *Ca tenemos que el pleyto, que es juzgado, è esmerado por tres sentencias, es derecho.*

3 Y aunque parecia no era necessario ayudar con los motivos legales en que se fundan, la autoridad que constituyen las insuperables assistencias de estas tres tan solemnes, y deliberadas determinaciones, vsando, sin embargo, del consejo de esforzar con la razon el exemplo, como advierte la *Auth. Hac consultissima, C. qui testament. facer. pos.* Y considerando que por parte de los Marqueses de Mejorada, y Doña Francisca Viña, se ha escrito nuevamente, tenemos por preciso el hazer este discurso por la defensa de Doña Florencia, y de las tres sentencias que se han dado, y pronunciado en su favor, dividiendole en dos partes, por ser el orden que le corresponde: la primera, para la exclusion de los Marqueses de Mejorada: y la segunda, para satisfacer los medios de que se vale Doña Francisca Viña; porque excluidos estos dos opositores, viene à quedar con evidente inclusion Doña Florencia.

PARTE PRIMERA.

4 Y suponiendo, por lo que mira à esta primera parte, que la Villa de Azialcazar era libre, y propria del Marquès Don Baltasar, sin que su Magestad le concediesse sobre ella el Titulo de Marquès, sino absolutamente para Don Baltasar, y sus successores, no en forma graciosa, sino por treinta y quatro mil pesos con que sirviò à su Magestad.

5 Y suponiendo assimismo, que para la succession deste mayorazgo fundado por el Marquès Don Baltasar, en el testamento con que muriò, del Titulo, Villa, y Renta del Estanco, tiene Doña Florencia literal, y expresso llamamiento, y que llegò su caso, como se probarà en la segunda parte deste discurso; y que con caso, y llamamiento no puede ser disputable el derecho que le assiste, *ex l. Hæreditatem, C. quor. bonor. l. Ex facto* 17. *§. fin. l. Si eius* 34. *ad Trebell.* Bald. *in rubrica de caus. possession. & propriet. num.* 13. Castill. *lib.* 4. *controversiar. cap.* 9. *num.* 3. D. Valençuel. *consil.* 97. *à num.* 216. D. Larrea, *decis.* 33. *num.* 33. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 5.

6 No puede consistir la duda deste pleyto en la especie de crea-

creacion de Marquès, hecha en la persona de Don Baltasar, porque como para examinar la condicion destas mercedes, es necessario recurrir à su tenor, *ex cap. 1. §. Sin autem, qui feud. dar. poss.* Marescot. *lib. 1. resolut 26. num. 7.* Peregrin. *consil. 9. num. 4.* Giurb. *de feud. prælud. 4. num. 33.* D. Valençuel. *consil. 63. num. 100.* y en èl consta averse hecho con transgression à successores, no es esta dignidad de las que espiran con la persona, como discurren D. Molin. *lib. 1. cap. 11. num. 22.* Gregor. Lop. *in l. 12. tit. 1. part. 2. verb. Heredamiento*, Bobadill. *lib. 2. cap. 16. num. 5.* Roxas *de incompatib. 4. part. cap. 4. à num. 27.* D. Cresp. *observat. 117. num. 22.* que es el caso en que se entiende comunmente la *l. 6. tit. 26. part. 4.*

7 Tampoco puede corresponder à la especie en que su Magestad forma en la misma merced los llamamientos, porque aunque esta se hizo con la palabra generica de *successores*, fue tan precisa para su transgression, que sin ella quedaba personal, debiendose estos entender, *vt infra dicemus*, §. 5. caso en que tampoco se puede ofrecer duda, porque como en estas mercedes exercè su Magestad vna de sus regalias, *ex cap. 1. quæ sint regal.* Mastrill. *de Magistrat. lib. 5. cap. 2. à num. 1.* Castill. *de tert. cap. 41. num. 191.* D. Valençuel. *consil. 82. à num. 18.* Giurb. *de feud. §. 1. gloss. 3. à num. 1.* Antun. *de donation. 2. part. lib. 1. cap. 6. à num. 1.*

8 Puede qualificarlas en la forma que le pareciere, expressando las personas que han de succeder, para que assi se observe su liberalidad, y en ellos se cumpla, y execute su Real munificencia, *ex l. Ab eo, C. de fideicommiss. l. In traditionibus, l. Legem, C. de pact. l. Rebus, l. Ea lege, C. de rer. permutat.* D. Molin. *lib. 2. cap. 26. num. 2.* Antun. *de donation. 2. part. lib. 1. cap. 3. num. 19.* Barbos. *vot. 76. num. 21.*

9 Tampoco se puede governar por las reglas de ereccion de territorio en Marquesado, por no aver en esta merced semejante concession, especie en que fundò quedar libre el señor Rodrigo Xuarez, *in l. Quoniam in prioribus, C. de inofficios. testam. in declarat. legis, limitat. 11. dub. 2. à num. 1.* à quien siguiò Sessè, *decis. 362. à num. 13. tom. 4.* y en ella, aunque el señor Molin. *lib. 1. cap. 11. num. 25. versic. In secunda specie*, tuvo esta opinion por mas conforme al rigor del derecho, se conformò sin embargo con la opinion contraria.

10 Que con el señor Molina siguieron Mier. *de maiorat. 1.*

part.

part. quæst. 12. *num.* 10. Gregor. Lop. *in l.* 12. *tit.* 1. *part.* 2. *verb. Heredamiento*, Parlador, *different.* 18. §. 1. *num.* 4. Matienç. *in l.* 11. *tit.* 7. *lib.* 5. *gloss.* 7. *num.* 3. Anton. Gom. *in l.* 40. *Taur. num.* 12. Robles, *de repræsentat. lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 1. & 2. Avendañ. *in l.* 40. *Taur. gloss.* 2. *num.* 69. Molin. *de iustit. tractat.* 2. *tom.* 3. *disput.* 581. *num.* 6. Castill. *lib.* 5. *tom.* 6. *cap.* 159. *num.* 6. D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 30. *num.* 41. Roxas, *de incompatib.* 4. *part. cap.* 4. *à num.* 22. Vela *dissertat.* 4. *num.* 21. D. Salced. *in theatr. gloss.* 32. *num.* 49. D. Cresp. *observat.* 117. *num.* 40. Antun. *de donation.* 2. *part. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 10. Cyriac. *controvers.* 312. *num.* 73. & 74. *tom.* 2.

11 Ni por las reglas de estàr vinculado el territorio, y concederse el Titulo sobre èl; caso en que se considera vnido al mayorazgo, para que discurra vna, y otra succession sin dividirse, ex D. Salced. *dict. gloss.* 32. *num.* 71.

12 Ni por las de ser diversos los llamamientos de la dignidad, y territorio; especie en que se consideran dos mayorazgos diferentes, sugeto cada vno à su disposicion, y llamamientos, y à que en su caso se dividan, vt testatur decisum D. Salced. *dict. gloss.* 32. *num.* 65. latissimè Roxas, *de incompatib.* 4. *part. cap.* 4. *à num.* 14. & 8. *part. cap.* 3. *per tot.*

13 Ni por las de titulo concedido sobre territorio libre, porque aunque la misma dignidad le dexa vinculado, esto se entiende quando al tiempo de la concession, y en la misma merced quedaron juntos, y vnidos dignidad, y territorio, ex D. Salced. *dict. gloss.* 32. *num.* 53. & 65. secùs, quando la dignidad se concede puramente *pro te, & successoribus*, à quien tiene territorio, ò territorios libres, sin mencion de ellos, y sin restringirla à ninguno, porque entonces el territorio, ò territorios se quedan con la misma libertad que tenian, conservando la dignidad su condicion, ex D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 26. Molin. *de iustit. tract.* 2. *tom.* 3. *disputat.* 581. *num.* 7. Anton. Gom. *in l.* 40. *Taur. num.* 12. *versic. Vnum tamen*, Matienz. *in l.* 11. *tit.* 7. *lib.* 5. *gloss.* 7. *num.* 5. Castill. *lib.* 5. *tom.* 6. *cap.* 159. *num.* 7.

14 Porque como esta merced no ha sido personal, ni ereccion de territorio en Marquesado, ni Titulo concedido sobre Villa libre, ni vinculada, ni por vnion à mayorazgo, ni con expressos llamamientos, sino puramante para D. Baltasar, y sus successores, es necessario reducir la dificultad à otra especie muy diversa: Y para poder passar à ella.

De-

15 Debemos confessar, no ay ley en el derecho comun, ni en el del Reyno, que pruebe quedan vinculadas estas dignidades por el mismo hecho de su concession; porque ni el derecho comun las considerò como lo son en España, ni por el del Reyno se halla dada sobre esta duda ninguna providencia, por aver dexado de ser personales, y passado à ser transmissibles poco tiempo antes del Reynado de los señores Reyes Catholicos.

16 Y assi, por derecho comun, y por las leyes de las Partidas se consideran estas dignidades personales, y cada vna como oficio, à que correspondia diversa ocupacion, *vt in l. 6. tit. 26. part. 4. & in l. 11. tit. 1. part. 2.* Salaçar de Mendoça, en su Origen de las dignidades seculares de Castilla, *lib. 3. cap. 5. 6. 14. & 15.* Gregor. Lop. *in dict. l. 11. tit. 1. part. 2.* Bobadill. *lib. 2. cap. 16. à num. 25.* Mastrill. *de Magistrat. lib. 5. cap. 5. 6. 7. 8. & 9.* Roxas *de incompatib. 4. part. cap. 4. à num. 1.* Antun. *de donation. 2. part. lib. 1. cap. 6. à num. 1.*

17 Y aunque es buena prueba de no aver ley que las vincule, el no expressarla, ni alegarla los Marqueses de Mejorada; sin embargo, para mayor credito de la proposicion, nos es preciso valernos de la autoridad del señor Rodrigo Xuar. *in dict. l. Quoniam in prioribus, limitat. 11. num. 3. in fin.* adonde dize: *Cùm non sit lex hoc probans, nisi solum, vt non dividantur, quod benè potest stare, & compati, quod non dividantur, & succedant omnes. Et in allegat. pro Comitat. de Valentia, quæ stat post dictam limitationem, dub. 2. num. 2.*

18 Porque aunque el *cap. 1. §. Prætereà de prohib. feud. alienat. per Federic.* dize: *Prætereà Ducatus, Marchia, Comitatus de cætero non dividantur*: Este texto solo prueba su indivisibilidad, pero no el que sean estas dignidades vinculadas, como sucede en los oficios, jurisdicciones, servidumbres en el derecho de patronato, y en otras especies desta calidad, que son individuas, y no son mayorazgo necessario, de quibus sunt textus *in l. 2. §. Ex his, l. 4. §. Cato, l. Stipulationes, de verbor. obligat. l. Viæ itineris de servitut. l. Hæredes, §. An ea stipulatio. famil. hercis-cund. cap. 1. & cap. fin. de iur. patronat,* latissimè Cardin. de Luca, *de feud. in controvers. Boscol. artic. 1. à num. 32.*

19 De donde se ha originado la variedad con que està tratada esta materia, porque Abad Panormitano, *in cap. Licèt de voto*, que es decision para que en el Reyno de Vngria se succediesse *ordine genituræ*, le estiende à estas dignidades, y el señor Rodri-

 go

goXuarez despues de aver ponderado las diferencias que ay entre el Reyno, y estas dignidades para excluir la razon de este texto, y la del *cap. Cùm non liceat à capite membra discedere de præscription. dict. limitat. 11. dub. 2. num. 2.* dize: *Quis dedit Abbati licentiam extendendi illum textum ad alias dignitates?*

20 Otros se valen de la razon de ser indivisibles, ayudada del comun sentir de que pertenecen al primogenito; y este fundamento tiene la misma debilidad, porque el pertenecer al primogenito, no nace de ser legal, y preciso mayorazgo, sino de la condicion individua que les assiste; y assi el Padre Molina, tratando desta misma materia, *tract. 2. tom. 3. disputat. 581. num. 5.* dize: *Regulare quippè est, vt quando res est individua, vnusque tantum ex successoribus devenire ad eam debet, is sit maior natu ex descendentibus, aut ex alijs proximioribus in gradu*, deste mismo sentir es Antun. *de donation. 2. part. lib. 1. cap. 7. num. 43.* con otros muchos que refiere.

21 De donde nace, que quando en las cuentas, y particiones ay oficio, jurisdiccion, ò alguna otra cosa individua; es providencia regular adjudicarla al primogenito, quia vbi vnus solus successurus est, is debet esse maior, *ex l. fin. de fid. instrumentor.* Phœb. *tom. 2. decis. 157.* Capic. Latro, *lib. 1. decis. 26. num. 4. 5. & 6.* Reverter. *decis. 551.* Roco *de offic. rubric. 3. de officior. ampliat. à num. 25. vsque ad 35.*

22 Otros recurren al reprobado derecho de los Francos, y sobre no adelantar los principios, ni ser razon mendigar doctrina de sus estatutos, confessando lo que sueñan, que es el que las Gallias tuvieron superioridad en España, de quo D. Salced. *dict. gloss. 32. à num. 41.* Paul. Christineo, *decis. Belgic. 212.* Capic. Latro *lib. 1. consil. 3.* Tiene notorio convencimiento este recurso, porque ni conocieron, ni pudieron conocer lo que en estas dignidades està recibido en estos Reynos.

23 Y omitiendo los medios de que se valen otros, por tener la misma repugnancia, y recopilarlos el señor Salcedo *dict. gloss. 32.* lo que parece mas conforme à la razon legal, y à lo que las Historias nos refieren, es, que en lo antiguo fueron estas dignidades muy raras, y temporales; y assi, aviendo hecho, y dado Titulo de Conde el Rey Don Sancho el Bravo à Don Lope Diaz de Haro, Señor de Vizcaya su Cuñado, no passò el Titulo à su hija, aviendo sido su vniuersal successora; y como cosa desvsada en Castilla, causò grande novedad la merced de Conde de Trastama-

ma-

mara, que el señor Rey Don Alonso el Onceno, hizo à Don Alvar Nuñez Osorio su Valido, en tanto grado, que ignoravan las ceremonias que se avian de observar en su investidura, *vt ex Chronic. Reg. Alphons. cap.* 64. Mariana, *lib.* 15. *cap.* 20. Garibay, 1. *part. lib.* 10. *cap.* 4. Salaçar de Mendoça, *en el Origen de las dignidades*, *lib.* 3. *cap.* 7. D. Ramos *de Regn. pupillor. pagin.* 277.

24 Hasta que en el Reynado del señor Don Iuan el II. se diò principio à la transmision de estas dignidades, vt ex ipso Salaçar, *vbi proximè*, aunque con la dificultad en el modo que suele ofrecerle en las novedades; por cuya causa fue tan grande la controversia sobre la succesion del Estado de Valencia, que aunque merced hecha algunos años antes, se litigò en el tiempo del señor Rodrigo Xuarez, por los nudos principios del derecho, sin ley por donde governarse, y sin costumbre que la dirigiesse; con cuyo conocimiento se viò necessitado el señor Molina à confessar que *iuris rigore* era mas conforme à las reglas, y principios legales la opinion del señor Rodriguez Xuarez.

25 Y en este mismo rigor se pudiera afirmar sin violencia, que si *à iure* fueran estas dignidades transmissibles, *& per se* fueran vtiles, y fructuosas, se debiera observar lo mismo que en los oficios, y jurisdicciones, que quedando en vno por la indivisibilidad, se comunica à los demàs la estimacion, Cardin. de Luca *de feud. in controvers. Boscol. artic.* 1. *à num.* 31. Y assi, no se ofreciò reparo alguno à Bartul. *in l. Inter tutores de administrat. tutor.* para dezir, *Quod mortuo Comite, omnes eius filij pariter, & in solidum erunt Comites.*

26 Mayormente en Castilla, adonde la regla de la *l. Altius, C. de servitut.* solo se corrige por medios tan concluyentes, como son los de la *l.* 41. de Toro, ò por otros equipolentes à ellos, ex D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 8. *à num.* 1.

27 Y adonde las mercedes Regias no adquieren la qualidad implicita de mayorazgo, sin expressa voluntad, vt tradunt Robles *de repræsentat. lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 1. D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 27. D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 15. *à num.* 1. *& cap.* 12. *num.* 49. Antun. *de donation. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 22.

28 Pero como estas dignidades no tienen *per se* mas vtilidad, ni emolumento, que el puro honor que confieren, hallandose ya con transgresion individua, y por esta razon pertenecientes

tes *à iure* à los primogenitos, y sin necessidad de hazer su valor, ò estimacion comunicable, por ser infructuosas; la costumbre fue, supliendo lo que les faltava para que fuessen mayorazgo, que era, *vt in eis ordine genituræ succederetur*; con que para estos mayorazgos concurre el derecho con la indivisibilidad que les diò, y con los efectos que de ella se derivan, para que succediessen los mayores, y la vniversal costumbre de España, con todo lo demàs que constituye su substancia, y assi ferè omnes, quos congerit D. Salced. *dict. gloss.* 32. *à num.* 46. estàn conformes en que *ratione consuetudinis titulo maioratus successio primogenitis in perpetuum deferatur.*

29 Y como la costumbre concurre con la forma, que es la parte mas poderosa, *ex l. Iulianus ad exhibend. l.* 1. *C. de præd. Decurion. sin. decret. non alienand.* es preciso ayan de tomar de ella el nombre, y la naturaleza, *ex l. Quæritur de stat. homin. l. Repetundarum de testib.* como succede en todo genero de mixtos, vt asserit Gutierr. *de gabell. quæst.* 118.

30 Conclusion, que ni negamos, ni podemos negar; porque como Doña Florencia no pretende este Titulo, como libre, sino como vinculado, *Servato ordine genituræ*, que es lo que el Marquès D. Baltasar ordenò en su vltima disposicion; assi la indivisibilidad, como la succession de mayor en mayor, costumbre, y reglas de mayorazgo, quedarõ por este medio cumplidas, y satisfechas, sin ofensa, ni contravencion de ninguna de las que quedan referidas.

31 Pero como los Marqueses de Mejorada pretenden que este Titulo quedò mayorazgo perfecto, desde el mismo tiempo de su concession, con el legal suplemento de llamamientos regulares, sin que el Marquès Don Baltasar huviesse podido disponer en la forma con que dispuso, y que quedò legalmente vnido à la Gorbarana.

32 Toda la dificultad deste pleyto se reduce à question de potestad, porque si quiso, y pudo, el derecho es de Doña Florencia, por consistir en potestad, y voluntad toda la validacion, y firmeza de los actos humanos, ex Bal. *in l. Ex verbis, num.* 2. *C. de donat. inter.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 24. D. Valençuel. *consil.* 25. *num.* 52. Giurb. *observat.* 116. *num.* 8. Castill. *lib.* 4. *cap.* 5. *à num.* 9. Y considerando la diversidad de medios que componen la materia, ha parecido por su mejor orden discurrir en ellos por los §. §. siguientes.

§.

EL MARQVES DON BALTASAR PVDO *disponer desta dignidad, como su primero adquirente, y hazer los llamamientos que dispuso.*

33 QVantos principios tiene el derecho adaptables à la materia, son concluyente prueba de la potestad que tuvo el Marquès Don Baltasar para lo que hizo, porque vbi est provisio hominis, cessat provisio legis, in his quæ non sunt contra legem, *ex l. fin. C. de pact. convent. l. Si causam 2. C. de execut. rei iudicat.*

34 Esta misma regla tiene lugar en la costumbre, porque no se recurre à ella sino es en defecto, de providencia dada en el acto celebrado por el que le hizo, ex Mantic. *de tacit. & ambig. lib. 3. tit. 9. num. 69.* Surd. *consil. 34. num. 28. lib. 1.* Gratian. *disceptat. 689. num. 13. tom. 4.* D. Larrea, *decis. 62. num. 12. &* in terminis Fontanel. *de pact. nuptial. 2. tom. claus. 5. gloss. 10. part. 1. à num. 47. vsque ad 54.*

35 Mayormente en materias de succesion, en que ni la ley, ni la costumbre pueden obrar efecto alguno contra la voluntad del testador, por ser esta la ley por donde se goviernan, *disponat, & erit lex, vt in Auth. de nupt. l. In conditionibus de condition. & demonstrat.* Y asi dize la *l.* 40. de Toro: *Salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que fundò el mayorazgo:* Y Bald. *consil. 21. lib. 1. quod sicut canis post leporem, ita lex pedetentim vadit post voluntatem testatoris.*

36 Y lo contrario, fuera impedir el dominio, y sus efectos, contra la *l. In re mandata, C. mandat.* quitar la libertad de testar, contra la *l. 1. C. de Sacrosanct.* oponerse à la razon, con ofensa de los derechos civiles, y naturales; y negar impiamente el cumplimiento à las leyes de la naturaleza, vt ratiocinatur Bartol. *in l. 1. C. de Sacrosanct. num. 5.*

37 Era necessario borrar la regla que previene, que sin nuestro hecho, no puede lo que nos pertenece ser en otro transferido, vtpotè, *nihil tàm conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi, vt in l. Qua ratione, §. Hæ quoque de adquir. rer. dom.* Y à quiẽ se le trata de impedir, se dize, que magno damno afficitur, quia voluntatem suam nequit explere, *ex l. fin. de vsu, & habitation.*

38 Y no debiendo ser à ninguno dañosa su industria, se verificaba en este caso, por consistir el logro de ella en adquirir para disponer, y assi la *l. 3. §. Similitèr, C. de alluvion*, dize: *Ne doleant diligentes operam suam agri dedisse culturæ, nec diligentiam suam sibi damnosam iudicantes intelligant.*

39 Quedaba convertido en su perjuizio lo que se le concediò para su mayor honor, y dignidad, contra la *l. Hac saluberrima, C. de præposit. agent. in reb. lib. 12.*

40 Y despojado desta libre facultad por medio del favor que se le hizo, contra la *l. Quod favore, C. de legib. l. Nulla, ff. eod.* sin que pueda obrar diminucion alguna lo que se concede para aumento, *ex l. Mancipia de fund. instruct.*

41 Funda en libertad, como en regla natural, *ex l. Altius, C. de servitut.* Y no entendiendose corregido lo que expressamente no se altera, *ex l. Sancimus, C. de testament. l. Præcipimus, C. de appellat.* como por el decreto desta merced no se alterò, es preciso quede la regla permanente.

42 Y con superior razon, quedando compatible con la concession, la disposicion del adquirente, con que tambien le assiste el principio de que por el hecho de la aceptacion no se privò de la libertad que tenia, por la doctrina de la *l. fin. C. de novation. l. Si quis antea conduxit de adquir. possession.*

43 Estos decretos se deben entender, *vt minus noceant*, no solo, *vt minus noceant*, sino que por donaciones Regias se deben ampliar, buscando materia en que tenga mas espacio la liberalidad; y assi Oldrad. *consil.* 300. fundò se debian entender latissimamente, *quoad res, quoad personas, quoad tempus, quoad modum, & quoad omnia genera*; Porque de otra forma, no pudiertan *culmen habere præcipuum, vt in l. Cum multa, C. de bon. quæ liber.* Giurb. *de feud. §. 2. gloss. 13. num. 88. & 89. vbi latè.*

44 El caso omitido queda en sus reglas, *ex l. Commodissimè de liber. & posthum.* Con que la facultad de disponer quedò por omitida en las suyas; y no entendiendose estas renunciadas, porque la renunciacion no passa los terminos de lo que expressamente se renuncia, quando no ay acto contrario de donde se pueda inducir, como aqui no le ay, por ser todo compatible; *ex traditis à* Roxas *de incompatibil. 7. part. cap. 4. à num. 16.* potius reservatio, quàm renuntiatio præsumenda est.

45 Y assi, quando el acto se celebra *simplicitèr*, y permite

qua-

qualidades por ſu naturaleza, no ſe entiende, que el averlas omitido, es averlas renunciado, ſino reſervado para qualificarle quando quiſiere, el miſmo que le celebrò, vt ex Surdo, Nata, Cravet. *& alijs, tenet* Caſtill. *lib. 5. cap. 76. verſic. Quo etiam*: Con que aviendo ſido hecha *ſimplicitèr* eſta merced, fue viſto aver quedado el Marquès Don Baltaſar con ſu derecho, para diſponer de ella, y qualificarla, por ſer coſas ſeparadas el adquirir, y el qualificar; y con diverſidad no ſe comprehende en el ſimple el caſo mixto, ex D. Molin. *lib. 2. cap. 14. num. 33.* Carleval *de iudic. tit. 3. diſputat. 23. num. 42. & 43.*

46 Nunca ſe preſume que el Principe perjudica, ni ſe opone à derecho de otro, y con ſuperior razon en el beneficio que concede, *ex l. 2. §. Si quis à Principe de aqua quotid. & æſtiu.* Y aqui era preciſo pervertir tambien eſte principio, para preſumir lo contrario, y que ſin clauſula derogatoria, y no teniendo el decreto mas que la nuda conceſsion *pro te, & ſucceſſoribus*, quedaron alteradas tantas reglas civiles, y naturales: *Neque enim credendum eſt, Romanum Principem, qui iura tuetur, huiuſmodi verbo, totam obſervationem teſtamentorum multis vigilijs excogitatam, atque inventam, velle everti, vt in l. Si quando, C. de inofficioſ. teſtam.*

47 Ninguno puede negar que es primero el adquirir, que el diſponer, y como el mayorazgo ſe funda para dàr regla à la ſucceſsion, primero es tener de que fundarle, que prevenir el orden de ſuceder, *Non oportet prius de conditione cuiuſquam quæri, quàm hæreditas, legatum ve ad eum pertineat, vt in l. Non oportet 52. de leg. 2.*

48 El dàr la materia toca al Principe, y diſponer la forma: es como acto de dominio, proprio del vaſſallo; porque el Principe quando remunera, ſolo atiende al bien vniverſal del Reyno, para que la memoria del galardon recibido por el vaſſallo remunerado, incline à los demàs à imitarle en el merecimiento, y no à que la ſucceſsion tome ſu principio en eſte, ò en aquel individuo de la familia, en que ni el Principe, ni el publico tienen intereſſe, como obſervò Baldo *in l. Cùm accutiſsimi, C. de fideicommiſ. num. 13.* y con Baldo, y otros, Robles de Salced. *de repræſentat. lib. 3. cap. 13. num. 4.*

49 Y no era neceſſario quitar al donatario eſta poteſtad, porque como el objeto deſta ſucceſsion conſuetudinaria, fue conſervar eſtas dignidades dentro de las familias remuneradas, *Ne*

quod

quod affectu filiæ datum est ad hæredes eius extraneos transire videatur, vt in l. Pater filiæ de servitut. legat. Y con la providencia del adquirente, este fin se logra, ni al Principe le queda que hazer, ni à la costumbre que suplir; y sin necessidad, ni la ley obra, ni el Principe dispone, ni la costumbre es necessaria, ex doctrin. Bald. *in l. vltim. C. de hæred. institu vltim. notabil.*

50 Y siendo los mayorazgos revocables, por tener condicion de vltima voluntad, ex D. Molin. *lib. 1. cap. 12. per tot.* menos en los casos exceptuados en las leyes 44. *&* 17. *Taur.* y en los que refiere el señor Molina, *lib. 4. cap. 2.* à los quales seria necessario añadir este, no pensado hasta aora por ninguno; tiene notable novedad, el que aviendo hecho la costumbre estas dignidades mayorazgos à semejança de todos los demàs, y no aviendo en la merced clausula de irrevocabilidad, ni aun mencion de mayorazgo, se le niegue la potestad de disponer en acto preciso de vltima voluntad, y de revocable condicion, y naturaleza, que ni quedò, ni pudo quedar alterada: *Nàm honor eius auctus est, & non conditio mutata, vt in l. Falsa demonstratio, §. 2. de conditio. & demonstrat.*

51 La adquisicion de la dignidad es la que queda irrevocable, respecto del Principe, *ex l. Sed, & si lege, §. Consuluit de petition. hæreditat.* Pero los llamamientos, como pueden dexar de quedar sugetos à la regla de la *l.* 44. *de Toro,* que por ningun medio se corrige?

52 Caso mas preciso es el de la mejora que por el Titulo oneroso del matrimonio haze el padre al hijo; porq̃ aunque queda perfecta, è irrevocable quoad adquisitionem, *ex l. 17. Taur.* no lo queda quoad dispositionem; y assi puede ex post facto etiam in testamento, hazer los llamamientos que quisiere conforme à su naturaleza, y que dexò de hazer al tiempo en que mejorò, quasi ab initio hanc sibi facultatem reservasset, vt asserunt Mier. *de maiorat. 1. part. quæst. 66. num. 13.* Castill. *lib. 5. cap. 76. per tot.* D. Olea *de cession. tit. 1. quæst. 6. num. 16. & 17.* sin que por esto quede ofendida la regla de la *l. Perfecta donatio, C. de donation. quæ sub modo:* porque como dize el texto en la *l. Ex empto 11. §. 1. de action. empt. Quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt huius iudicij potestate.*

53 Y si son repetidos los textos, que sin duda alguna prueban esta potestad, in casu de quo loquimur, que es en el de la nuda merced, sin llamamientos hechos por el Principe; porque aunque

aunque la *l. Fœminæ, C. de secund. nupt.* obliga à la muger que passa à segundas nuptias à reservar à los hijos del primero matrimonio, lo que adquiriò dèl, es con la facultad de elegir al que quisiere, *Vel in quemlibèt ex filijs, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suæ iudicium mater crediderit dirigendum*; porque disponiendo de lo que adquiriò con su industria, seria ageno de razon quitarle la facultad de que dispusiesse; ex Menoch. *consil.* 309. *num.* 13. Paul de Castro, *consil.* 501. *num.* 14.

54 Y en el derecho de patronato, respecto de los libertos se verifica esto mismo, porque aunque igualmente pertenece à los hijos del patronato, *ex l. Vt ius iurandi* 7. §. *Si liberi de oper. libertor.* Puede, sin embargo, el padre dexarlo al hijo que quisiere, *ex l.* 1. *de assignand. libert.* Nata, *consil.* 301. *num.* 18. Venturin. *consil.* 45. *num.* 5. vbi cum Rot. Monet. Vivian. Menoch. & alijs, quod si fuisset iurispatronatus primus adquirens, posset ad suum libitum disponere.

55 Y el heredero gravado con el gravamen de restituir post mortem alguna cosa à la familia, satisface, eligiendo vnum ex familia, etiam remotiorem, *Quia in potestate sua habuit pater, cui ex his potius relinqueret, vt in l. Pater filium* 54. *ad l. Falcid. l. Filius familias* 117. §. *fin. delegat.* 1. *l. Vnum ex familia*, §. 1. *deleg.* 2. *l. Isqui cum plures* 92. *delegat.* 3. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 4. porque la eleccion queda superior à las reglas, ex Castill. *lib.* 5. *cap.* 67. *à num.* 4. Y puede hazer el que elige, lo mismo que si dispusiera en virtud de facultad Real, tradit Paz *de tenut. cap.* 34. *num.* 113.

56 Y es superior la autoridad que reciben estos fundamentos de las doctrinas comunes de los feudos, porque en los concedidos ex pacto, & providencia, etiam siendo de dignidad, puede el primero adquirente disponer de ellos, non solum inter filios, sed etiam inter extraneos, ex Bald. *in Auth. Si duas, C. de Sacrosanct. num.* 10. Issernia *in cap.* 1. §. *Et si bellum, num.* 10. *de alienat. feud. patern.* Surd. *consil.* 395. *à num.* 9. Iul. Clar. *in* §. *Feudum, quæst.* 40. *num.* 6. Gallerat. *de renuntiation. tom.* 2. *centur.* 1. *renuntiation.* 39. *num.* 18. Castill. *lib.* 4. *controversiar. cap.* 5. *num.* 36. *&* 45. Giurb. *de feud.* §. 2. *gloss.* 3. *num.* 30. Cardinal de Luca *de feud. in controvers. Boscol. artic.* 2. *per tot.* adonde junta ochenta Autores conformes en este sentir, y dize ser practica de la Rota, & totius Orbis Christiani, con innumerables decisiones en favor desta conclusion.

57 Lo qual solo se limita quando en el pacto quedaron los successores expressa, y literalmente nominados, sin que baste la palabra generica, ò colectiva de successores, porque entonces se considera tanquam ius quærendum ex voluntate adquirentis, y los que el quisiere seràn solamente los que ayan de succeder; *tenent omnes num. præcedent. relat. præcipuè* Luc. *vbi proximè, num.* 16. *vbi cum plurib.* que es lo que succede en este caso, por no aver mas palabra en el decreto, que la generica de successores, y esta precisa, para que no se considerasse el Titulo personal, sino con transgresion à los que Don Baltasar eligiesse de su familia; con que si en favor de estraños concede esta comun opinion tan grande potestad al padre adquirente, respecto de sus hijos; como se le podrà negar à quien, pudiendose olvidar de sus parientes en vida, y en muerte, les quiso adquirir lo que no debia, para graduarlos en la forma que quisiesse?

58 Las razones desta conclusion, ademàs de las que quedan ponderadas, se fundan, en que el primero adquirente, quando no ay successores nombrados por sus nombres proprios, no queda ligado con la forma de la concesion, ex Milanens. *decision.* 8. *num.* 321. Castill. *decision.* 106. *num.* 82. Giurb. *de feud.* §. 1. *gloss.* 8. *num.* 45. Cardinal de Luca *de feud. dict. controvers. Bostol. artic.* 2. *num.* 25. vbi quod est vulgare dicterium feudistar.

59 Que entre el primero adquirente, y su primero successor no se consideran estos feudos ex pacto, sino hereditarios, ex Surd. *consil.* 427. *num.* 8. Franchis *decis.* 368. *num.* 5. Giurb. *de feud.* §. 2. *gloss.* 3. *num.* 30. Capic. Latro *consultat.* 10. *num.* 27. Cardinal de Luca *dict. artic.* 2. *num.* 32.

60 Que feudum novum non habet agnatos, como dize Baldo *in cap.* 1. §. *Hoc quoque, num.* 2. *de succession. feudor.* quasi dixerit, virtute primæ adquisitionis posse de eis liberè disponi, como entiende Giurb. *de feud.* §. 2. *gloss.* 3. *num.* 30. *versic. Tum quia feudum novum.*

61 Y asi se consideran tan absolutamente proprios del primero que los adquiere, que por su delito pueden ser privados de ellos, èl, y todos los demàs, *vt ex text. iunct. gloss. in cap.* 1. *Si vassallus feud. privet.* Bartul. Bald. *& alij relati à* Farinac. *in prax. quæst.* 25. *num.* 75. Caball. *resolul. crimin. cas.* 182 *num.* 4. *idem* Luc. *vbi proximè, num.* 36. Antun. *de donation.* 2. *part. lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 148. *&* 149.

Esta

62 Esta misma potestad conceden al primero adquirente de la emphitæusi ex pacto Iul. Clar. *in §. Emphitæusis, quæst.* 16. *num.* 1. Gratian. *discept.* 511. *à num.* 1. Franch. *decis.* 307. *num.* 2. Cevall. *quæst.* 326. Castill. *lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 36. *& lib.* 5. *cap.* 68. *per tot.* idem Cardinalis de Luca *de feud. dict. controvers. Boscol. artic.* 2. *vbi plures*, Vela *dissertat.* 15. *à num.* 100. Pegas *resolution. forens. cap.* 10. *num.* 58. *&* 62.

63 En la concession de jurisdiccion, y en las demàs donaciones Regias, por meritos proprios del padre, y por causa suya hechas, *pro te, & filijs, vel pro te, & successoribus*, le conceden la potestad de mejorar, y elegir al hijo que quisiere. Paul. de Castro *consil.* 179. *num.* 3. Menoch. *consil.* 309. *à num.* 13. Leon *decis.* 143. *à num.* 2. Rovit. *consil.* 15. *num.* 45. *lib.* 1. Noguerol *allegat.* 37. *num.* 20. Castill. *lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 43.

64 En los oficios concedidos con estas mismas clausulas, y à contemplacion del padre, son deste mismo sentir Montan. *de regalib. rubric. de regal. offic. à num.* 30. Capic. Latro *decis.* 6. *à num.* 16. Rovit. *consil.* 104. *lib.* 2. Noguerol *allegat.* 37. *num.* 18. por ser la industria del padre la causa, y Titulo de la adquisicion, y assi puede hazer la mejora, y eleccion que queda dicha, *num. præcedent.*

65 Con cuyos motivos, y en los individuales terminos destas dignidades, y mayorazgos consuetudinarios de España, y quando en la merced no quedan hechos por el Principe llamamientos expressos, confiessan la potestad de hazerlos al primero adquirente en la forma que le pareciere Peguera, *decis.* 115. *num.* 7. adonde dize: *Et hæc adeò vera sunt, & procedunt, quod si possessores, harum dignitatũ, & bonorum maioratus, præter primũ dignitatis, seu maioratus institutorem, vellent apponere aliquas conditiones, pacta, vincula, seu gravamina in dictis dignitatibus, seu in eorum successione in præiudicium sequentium successorum primogenitorum, id quidem facere non possent.*

Fontanel. *de pact. nuptial.* 2. *tom. clausul.* 5. *gloss.* 10. *part.* 1. *num.* 52. despues de aver fundado la costumbre de succeder en estas dignidades, dize, *num.* 53. *Verum si super hoc adesset provisio hominis, qui maioratam instituisset, alium succedendi modum illi præfigendo, tunc non staretur consuetudini, sed immò staretur hominis provisioni, prout pulchrè probat noster nob. à* Peguer. *in commentar. ad constitut. Item ne super laudemio*, que es mejor, y mas dilatado lugar, que la *decision* 115.

El

67 El señor D. Iuan de Solorçano *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 30. num. 41. & 42.* dize: *Vnde quemadmodum benemeriti de Regnis, & conquisitionibus Hispaniæ ea præmia, quæ pro suis laboribus, & ægregijs facinoribus à Regibus acceperunt, in perpetuum consequntur, & consecuti sunt, vt ostendit* Bobadill. *lib. 2. cap. 15. num. 6. & cum iurisdictione, alijsque honorificis titulis per viam maioratus relinquere possunt, & solent: quinimò, & non relicta ex natura ipsius concessionis hoc tacitè actum, sivè inductum videtur, vbi bona donata dignitatem, & iurisdictionem includant.*

Anton. Gom. *in l. 40. Taur. num. 12. versic. Vnum tamen,* dize: Que si al que tiene lugares se le concede Titulo, no por esto quedan vinculados, y que la dignidad espira con la muerte del donatario: *Nisi maioratus in eis probetur ex constitutione domini possessoris, vel longa, & præscripta consuetudine.*

D. Iuan del Castillo, *lib. 5. tom. 6. cap. 159. num. 7. versic. Addiderim ego,* dize: *Dignitatis quæ Titulus filio primogenito cum oppido aliquo, vel alteri filio, eiusque descendentibus relinqui poterit, vel id fieri, quod magis donatario placuerit, & idem sentit ferè per tot. num. 7.*

66 Con que suponiendo, como es preciso, no puede aver mayorazgo sin ley que lo establezca, ò voluntad que le constituya, ò immemorial que lo acredite, *ex l. 41. Taur.* en la dignidad concedida sin expressos llamamientos, en el concepto destos gravissimos Autores, son tres conclusiones innegables, que el adquirente puede hazer los llamamientos que quisiere, que esta facultad la tiene por todo el tiempo de su vida, y que muriendo sin averlos hecho, la costumbre, con la qual fue visto conformarse, los supla, vt ordine regulari succesio deferatur.

67 Esto se califica expressamente de la Real Cedula, expedida para el Reyno de Valencia, que trae à la letra el señor Cresp. *dict. observat. 117.* porque dize: *La qual ha sido, y es, que se conserven en las familias, que las han merecido, succediendose por via de mayorazgo, del genero que estuvieren fundadas sobre los Lugares en que se han puesto, ò por el legal que les pertenece, que es el regular*, que no puede ser texto mas claro, ni decisivo de la dificultad.

68 Porque lo que su Magestad manda, es, *que se conserven en las familias que las han merecido*: Y assi lo hizo Don Bal-

Baltasar, pues dexò en la suya la que ricibiò de su Real mano: *Que se succeda en ellas por via de mayorazgo*, y por este titulo la pide Doña Florencia, y quiso Don Baltasar que en ella se succediesse: *Que esta succession sea del genero que estuviessen fundadas sobre los Lugares en que se han puesto*, es lo mismo que queda discurrido, porque aviendola puesto el Marquès sobre su Villa de Azialcazar, ha de ser la succession en la forma que se puso.

69 Y como aquella palabra *del genero* corresponde al modo de succeder, y los verbos, *estuvieren fundadas, y en que se han puesto*, inducen disposicion; la qual no puede mirar à titulo personal, por no ser successible, ni à hecho del Principe, porque si huviera expressado los llamamientos, no era necessaria la providencia desta Cedula; y porque in quolibet sermone semper intelligitur excepta persona loquentis, quia nemò sibi imperat, *ex l. Inquisitio, C. de solution.* D. Salgado *de retention. 2. part. cap. 33. num. 19.* Carleval *de iudic. tit. 3. disputat. 23. num. 47.* Antun. *de donation. 2. part. lib. 1. cap. 10. num. 19.* necessariamente se ha de entender esta disposicion respecto del adquirente, en la concession *pro te, & successoribus*; porque respecto de los demàs llamados, y de merced de dignidad concedida en otra forma, no puede aver razon alguna de dudar.

70 Deste texto, y de su legal inteligencia nacen otras dos ilaciones evidentes: La primera es, que la graduacion de la succession, la haze su Magestad *prout à iure*, dando el primero grado à la providencia del adquirente, *del genero que estuvieren fundadas sobre los Lugares en que se han puesto*: Y el segundo, à la providencia de la costumbre, *ò por el legal que les pertenece*, quasi dixerit, provisionem legis locum non habere, vbi provisio hominis invenitur, siendo constante, que en qualquier duda se debe entender prout magis consona sit iuri, & æquitati ex D. Molin. *lib. 2. cap. 1. num. 12. & 13.*

71 Y estando estas dos providencias en oraciones separadas, con la disiunctiva, ò, *vel, aut*, y la fundacion hecha por Don Baltasar, la disposicion desta Cedula està cumplida, porque sufficit alterutrum esse factum, *ex l. Si ita quis stipuletur de verbor. obligation.* Anton. Gom. *in l. 3. Taur. num. 40.* Lara *de anniversar. lib. 2. cap. 5. num. 9.* sin que sea necessario recurrir à la costumbre, por no aver llegado su caso.

72 Y la segunda es, que esta disposicion se puede hazer, non so-

solum in actu adquisitionis; sed in quocumque tempore, & vsque ad mortem adquirentis; porque esta resolucion mira à dàr providencia à la succesion de las que se concedieren por la naturaleza de la ley, que es darla para lo futuro, *ex l. Leges, & constitutiones, C. de legib. cap. 2. de constitution.* vbi Barbosa *cum pluribus*: Y à la succesion de las que ya estavan concedidas por el riguroso significado del verbo *Conserven*, que supone creaciones hechas; mayormente junto con el siguiente, *del genero que estuvieren fundadas*, que es de tiempo preterito, caso en que la ley tambien mira à lo passado, *vt ex dict. l. Leges, C. de legib.* Fermosin. *in cap. 2. de constitut.*

73 Y con superior razon, siendo esta Cedula declaratoria del derecho comun, por cuya causa comprehende lo preterito, y futuro, ex Iul. Capon. *tom. 2. disceptat.* 80. D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 25. à num.* 14. Castill. *lib. 4. cap. 56. per tot.* Y como en vno, y otro tiempo supone dignidades concedidas sin expressos llamamientos, y manda guardar las fundaciones posteriores, es necessaria ilacion la de poder disponer en qualquier tiempo el adquirente.

74 Y aunque esta Cedula fue concedida à Valencia, se debe sin embargo considerar como general resolucion, assi por ser declaratoria, como porque quando el Principe rescribit vni Provinciæ, omnibus rescripsisse censetur pro similium casuum decisione *ex l. 3. §. Divus de sepulchr. violat. l. 7. §. Interdicere de interdict. & relegat.* Suarez *de legib. lib. 6. cap. 4. num. 12.* D. Solorçan. *lib. 2. cap. 21. num. 56.* D. Gonçal. *in cap. Causam de rescript. in fin.* D. Castro *allegation. 1. num. 168.*

75 Y de lo contrario se siguieran gravissimos inconvenientes, porque de quantos Titulos, y Grandezas se han concedido sin expressos llamamientos, especialmente, *pro te, & successoribus*, han dispuesto sus adquirentes, fundando mayorazgos regulares, de agnacion, nuda masculinidad, segunda genitura, con incompatibilidad, ò sin ellas, y en la forma que quisieron, y por sus fundaciones se han litigado, y executoriado todas las questiones litigadas sobre su succesion; y sino huvieran podido disponer, huviera sido todo nulo por defecto de potestad; y no pudiera darse mayorazgo de dignidad, que fuesse irregular, & totus mundus litibus involueretur.

76 De donde nacen dos possessiones vniversales en favor de la potestad de disponer; la vna interpretativa, para que siendo du-

dudosa la materia, el vso, y practica, la aya declarado, *ex l. Si de interpretatione de legib. cap. Cùm dilectus de consuetudin.* D.Molin. *lib. 2. cap. 6. num. 58. vbi cum. plurib.* Add.

77 Y la otra prescriptiva, para que en la misma forma que la costumbre vniversal, diò la succesion de estas dignidades por reglas de primogenitura, tambien aya dado la disposicion de sus llamamientos à sus primeros adquirentes; con la diferencia de ser esta mas facil de admitir, por hallarse asistida de tantas reglas civiles, y naturales.

78 Es la costumbre de estrecha naturaleza, porque tantum præscriptum, quantum possessum, ex D. Valençuel. *consil. 33. num. 228.* D.Solorçan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 1. cap. 22. num. 21.* vbi, quòd tantùm habet de potentia, quantùm de actu. Y la negativa en la facultad de disponer, ni se presume, ni se prueba, como era necessario, por fundar Doña Florencia en tan inexpugnables principios, ni se pudiera probar, por ser notorio lo contrario, ni ha sido necessaria, ni la de la succesion se puede estender à la disposicion, por ser caso diverso, ni ay Autor alguno que lo diga.

79 Porque todos los de la materia contestan, que la duda estuvo siempre en el modo de succeder al investido, y que para esto fue necessaria la costumbre, para que se succediesse por reglas de mayorazgo, y se difiriesse la succesion *ordine geniture*; que son todas las palabras correspondientes à la duda de la primera vacante, sin que la pudiesse aver en el adquirente; ni en la forma de la adquisicion, porque no se podia succeder à si mismo, nec datur succesio viventis, y tenia el derecho dada bastante providencia, dandosela individua, como la considerava; y asi es notoria ofensa de la razon la disputa desta potestad.

§. II.

EL MARQVES DON BALTASAR tambien pudo disponer desta dignidad en virtud de la facultad Real implicita, que con ella le concediò su Magestad.

80 ESta conclusion de llevar implicita facultad el donatario, para disponer de la dignidad concedida, es de D. Iuan del Castillo *dict. lib. 3. tom. 6. cap. 159. num. 7.*

versic. Addiderim ego; circa medium. Idem videtur dicere Thom. Sanch. *lib. 1. consilior. moral. cap. 2. dub. 24. num. 1.* y deste mismo sentir es el Cardenal de Luca *in dict. controvers. Boscol. artic. 2. num. 33.*

81 De donde se infieren dos cosas; la vna es, que con la adquisicion no queda consumida la disposicion; y la otra es, que el adquirente puede observar el orden que quisiere, pues dispone en virtud de facultad, ex Anton. Gom. *in l. 40. Taur. num. 55. & 57.* D. Molin. *lib. 2. cap. 11. à num. 11. & in annotation. num. 10.* Castill. *lib. 4. cap. 36. à num. 22.* Add. ad D. Molin. *vbi proximè.*

§. III.

SATISFACCION A LOS MEDIOS DE que se valen los Marqueses de Mejorada.

82 Contra tantos, y tan indubitables principios, tan solidas razones, y tan inexpugnables reglas; y lo que mas es, contra el sentir de cinco Autores tan graves, como los que al adquirente le confiessan la potestad de disponer, y contra vna resolucion general de su Magestad, como lo es la Cedula que tambien queda ponderada, conforme en todo à los feudos, emphiteusis, donaciones Regias, jurisdicciones, oficios, con lo demàs que queda dicho; insisten sin embargo en la succesion de este Estado los Marqueses de Mejorada, y como es tan arduo el intento, recurren para defenderle à tantas singularidades, que sin conocida violencia de la razon, no se puede dàr assenso à ellas.

83 Reducense à que en la misma merced quedò hecha vna perfecta donacion por via de mayorazgo, por virtud de la ley; y con llamamientos regulares tan precisos, que no pudo Don Baltasar hazer otros en perjuizio del derecho adquirido por los que quedaron llamados, en el contracto hecho entre Principe, y vassallo, que es todo el concepto de la doctrina contraria correspondiente à esta primera parte.

64 Que si el mayorazgo se funda por donacion perfecta, è irrevocable, con la aceptacion del donatario adquieren, derecho invariable todos los demàs, sin que se puedan alterar sus llamamientos, ni lo negamos, ni podemos negarlo, ex Mier. *de ma-*

io-

iorat. 1. part. quæst. 24. D. Molin. *lib. 4. cap. 2. num.* 75. D. Olea, *tit. 2. quæst. 7. num.* 23.

85 Pero como para hazer esta ilacion, es necessario verificar el supuesto de que tempore concessionis quedasse mayorazgo perfecto con llamamientos regulares, y con la qualidad sobrenatural de irrevocabilidad, confessamos in sensu veritatis, que no lo percibimos.

86 Porque si buscamos ley que assi lo tenga establecido, ni se alega, ni la ay; si recurrimos à la costumbre, no se estiende à este caso, por ser limitada à la delacion, y forma de la succession, si à los Autores, ni se citan, ni los hallamos, porque aunque Don Fernando del Aguila en las Adiciones à Roxa, 4. *part. cap. 4. à num.* 46. ha sido el inventor desta novedad, fue el Abogado de los Marqueses de Mejorada, y à su contemplacion insiriò en su Libro la alegacion que hizo en su defensa en el juizio de la propriedad, para que disfrazada con el nombre de general doctrina, pudiessen esforçar su pretension con el credito de Autor que la defendiesse, negando al adquirente la potestad, que sin duda alguna le confessarà, y con mas seguros principios, si huviera defendido à Doña Florencia, sin el riesgo de que el Consejo, y Chancilleria, por sus tres sentencias conformes, le huviessen reprobado su sentir.

87 Y aunque cita al señor Solorçano *de iur. Indiar. tom. 2. cap. 11. num.* 4. es su doctrina de Encomienda, que tiene expressa ley que govierna su succession, que es el fundamento deste Autor, como se puede vèr en el *num. 6.* sin que contra la ley de la succession pueda aver question sobre disponer el adquirente.

88 El señor Crespi, *dict. observation.* 117. *num.* 43. & 53. solo trata de la delacion de la succession, como el señor Salcedo *dict. gloss.* 32. *num.* 67. & 70. sin que ninguno excite la duda de la disposicion; y sin disponer el adquirente, todos debemos confessar el orden regular de los llamamientos legales. Alvarad. *de coniecturat. mente testator. lib. 2. cap. 4. à num.* 54. no dize cosa alguna destas dignidades; y el caso en que discurre para que à tempore donationis se considere perfecto el mayorazgo, es preciso entenderle segun la doctrina de Gregor. Lop. en que se funda, que es en donacion Regia, *Quàm Princeps voluit esse maioriæ,* que es lo mismo que donacion de Villa, con expresso gravamen de mayorazgo, porque alias por donacion Regia no le tiene, *vt supra diximus, num.* 28. Y en aviendo expression de llamamien-

 tos

tos tempore donationis, *alia res est, vt fatemur.* Y aunque tambien se pretende inducir lo mismo de Parlador, y de otros Autores, no damos satisfacion à ellos, porque para esta duda no conducen sus doctrinas.

89 Y si recurrimos à la razon en que se pueda fundar esta novedad, tampoco se nos ofrece, por ser tantas, y tan concluyentes las que la resisten: con el Principe solo se trata de la adquisicion, hecha la gracia, queda irrevocable, respecto de quien la concede, el donatario la recibe con la calidad que tiene, para que llegando el caso de hazer transito à otro, ordine geniturae successio deferatur; pero que este à quien ha de hazer transito, no le puede elegir dentro de su familia el adquirente, y que no pueda hazer los llamamientos despues de la simple adquisicion, como el padre en la mejora hecha al hijo por titulo oneroso, en materia de ambulatoria vsque ad mortem, y como el primero que recibe el feudo emphiteusis, con lo demas ponderado contra la libertad de testar, y de disponer, quedando la ley, que no se halla, superior à la providencia de los hombres, alterada la Cedula de Valencia, ofendido el derecho de las gentes, y desestimada la autoridad de cinco Escritores tan ilustres, ni ay ley que lo establezca, ni costumbre que lo apoye, ni principio que lo dicte, Autor, ni doctrina que lo persuada.

90 Y fuera de impossible practica este pensamiento, porque antes de la concession, no ay merced que qualificar; despues de concedida, llega tarde la disposicion en el dictamen contrario; con que no queda mas tiempo que quando se concede, que es lo mismo que no darle; porque capitular quien suplica, y dezir el vassallo à su Rey los pactos con que pretende le honre, sobre no ser capaz la liberalidad que desea, de la mixtura de condicion que sea comercial, ni el respecto debido lo permite, ni dignidad alguna se ha concedido en esta forma.

91 Y aunque tambien se opone, que si se diesse libre disposicion al adquirente, estaria in pendenti la succession; es conocido error este recurso, porque prescindiendo de si puede, ò no, estàr in pendenti la succession, sobre que discurren dilatadamente el señor Molin. *lib.* 3. *cap.* 10. Mier. *de maiorat.* 2. *part. quaest.* 6. *à num.* 204. Castill. *lib.* 3. *cap.* 15. *à num.* 2. *& lib.* 5. *cap.* 91. *à num.* 45. Roxas *de incompatibil.* 5. *part. cap.* 2. *à num.* 1.

92 Si el adquirente la ocupa por su vida, y para despues de ella previene quien inmediatamente le succeda, no sabemos quan-

quando pende la voluntad, ni quando la succesſion eſtà ſuſpenſa, ni como pueda hallarſe en eſto inconveniente, ſiendo tan legales lo mayorazgos de eleccion, y el qualificar el padre la mejora ya adquirida por el hijo con irrevocabilidad, ſiendo el donatario ſeñor de lo donado por ſu vida, y no pudiendo darſe ſuccesſion, ni herencia del que vive.

93 Dizeſe aſsimiſmo, que los cinco Autores que confieſſan al adquirente la poteſtad de diſponer, ſe deben entender, ò quando por la concesſion ſe les dè facultad para que lo hagan, ò quando en ella previnieron el orden de ſucceder; y como en eſtos caſos no era neceſſario prevenirlos, y el caſo de diſponer eſtà favorecido de tantas aſsiſtencias, ſus miſmas doctrinas ſeràn la ſatisfacion deſta diſputa.

94 El ſeñor Creſpi no los tuvo preſentes, como ſe reconoce de toda ſu *obſervat.* 17. ni ſe le ofreciò ſemejante controverſia; y aunque *à num. 62. præſertim, num. 67.* parece, dize, que quando al que tiene territorio libre, ſe le concede dignidad, es viſto que el impetrante dà al Principe el territorio, y que deſpues ſe le buelve el Principe con el caracter de la dignidad, fictione brevis manus, *ex l. Singularia de reb. credit. l. Licèt, §. 1. de iur. dotium, l. 3. §. Sed ſi debitorem de donation. inter.* Y que es el mayorazgo comun, *Quia quæſtus intelligitur, qui ex opera cuiuſque deſcendit, ex l. 2. ff. pro ſocio.* Y que el Principe puede enagenar la coſa en que tiene comunidad con otro, *ex l. Vnic. C. de vendition. rer. fiſcal. cum privat. commun. lib.* 10. de donde deſciende à que eſte caſo es el miſmo que quando algun territorio ſe erige en Marqueſado.

95 Eſta doctrina ſe debe entender, ò en la concesſion hecha con expreſſos llamamientos, ò en caſo que el adquirente no los haga por fundarſe en principios tan legales; pero no abſolutamente, ſin mas razon que la ficcion brevis manus; porque deſto ſe ſiguiera que no huviera dignidad de irregular ſuccesſion, que no teniendo territorio quien la obtuvieſſe, como à muchos eſtà ſucediendo, no fuera practicable, que no avia diferencia en eſtas concesſiones contra el ſentir de quantos eſcrivieron en la materia, que era mas poderoſa vna ficcion, que tantos principios civiles, y de derecho de las gentes, que ſe oponia à la literal inteligencia de la miſma Cedula de Valencia que gloſſaba, con otras muchas ilaciones contrarias à la razon, y al derecho.

96 Y de los textos, y doctrinas de compañia, y comunidad,

lo

lo que se induce es, que aunque concurren todos para lo comun, puede cada vno disponer de lo que le pertenece despues de la comun adquisicion; y del todo, si el compañero se lo huviere dado sin ninguna qualidad, en la misma forma que el cessionario del Principe en la cosa fiscal, y de persona privada, absolutamente transferida, sin pacto, ni condicion, que podrà disponer de ella en la forma que le pareciere, como de cosa suya propria; con que aunque la dignidad passe sugeta à que en ella se succeda *ordine geniturae*, aun por los medios contrarios se infiere respecto del adquirente la facultad de disponer.

97 Tampoco se puede hazer estimacion de que los llamamientos tacitos tengan el mismo efecto que los expressos, porque reduciendose la dificultad al tiempo en que los tacitos llamamientos toman su principio, si es desde que la dignidad se concede, ù desde que el adquirente dispone, ù desde que muere sin disponer; se haze supuesto de la duda, y quedando cierta la proposicion, solo es adaptable à la materia en caso de morir el adquirente sin disponer, porque entonces obra tacitamente la costumbre, lo mismo que los llamamientos expressos, para que la succession se defiera por orden regular, y cada succesor vse del derecho que adquiriò, como en la mejora, feudos, emphiteusis, &c.

98 La doctrina de Pegas *de leg. Mental. tom. 10. ad ordinam. Lusitan. cap. 27. à num. 27.* es estraña deste negocio, por ser en especie de territorio erigido en Condado, cuyo adquirente passò a dividir entre sus hijos; quexose el primogenito, y dize ha de obtener integro el Condado, *non obstante adquirentis dispositione*, como en este caso todos debieramos confessar.

§. IV.

PVDO EL MARQVES DON BALTASAR disponer desta dignidad con superior razon, aviendo servido à su Magestad con treinta y quatro mil pesos, porque se la concediesse.

99. HEmos fundado hasta aqui la facultad de disponer, que tiene el primero adquirente destas dignidades, quando se conceden por gracia, ò pura liberalidad del Principe; porque quando la concession se haze por dinero, y

tan

tan considerable como el que diò Don Baltasar, corresponden otras reglas à esta duda, y en ella es comun sentir, que el adquirente queda con potestad para disponer en la forma que le pareciere, porque la dignidad se considera como profecticia, y como hereditaria, respectu primi adquirentis, subrogada, y convertida su hazienda misma en ella, sin que los descendientes, ò successores la reciban del Principe concedente, sino del padre, ò pariente que la adquiriò con su dinero, mediante el contrato celebrado; por cuyas razones, y otras muchas, que omitimos.

100 Estàn conformes en esta conclusion Bald. *in Auth. si quas ruinas, C. de Sacrosanct. num.* 5. Marescot. *lib.* 1. *variar. cap.* 74. *à num.* 1. Alvar. Valasc. *de iur. emphitæutic. quæst.* 49. *num.* 7. Pinel. *in l.* 1. *C. de bon. matern.* 3. *part. num.* 98. Peregrin. *consil.* 8. *num.* 32. *lib.* 1. Capic. Galeot. *lib.* 2. *controvers.* 48. *num.* 48. Cald. Pereir. *ad tit. de inofficios. testam.* §. *Ad hæc, cap.* 2. *num.* 27. Merlin. *de legitim. lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 5. *num.* 16. *&* 17. Michalor. *de fratrib.* 1. *part. cap.* 38. *num.* 23. Fachineo. *lib.* 7. *controversiar. cap.* 8. *versic. Et ideò, circa fin.* Castill. *lib.* 4. *controversiar. cap.* 5. *num.* 43. Augustin Barbos. *in cap. Potuit.* 4. *de locat. & conduct. num.* 154. *&* 155. Cardinal de Luca *de feud. in dict. controvers. Boscoli artic.* 2. *num.* 40. *& à num.* 116. con otros sesenta y ocho Autores que refiere, que discurriendo promiscuamente en feudos, y emphiteusis, *ex pacto pro te, & filijs, vel pro te, & successoribus.* Y reconociendo algunos, que quando la concesion es graciosa, puede tener duda la facultad de disponer, en aviendo intervenido dinero, todos la confiessan, y que recibido por el Principe, queda el feudo, ò emphiteusi sugeto en todo al primero investido, y sin dependencia alguna *Quoad dispositionem* de quien le concediò, como rigurosamente profecticio.

101 Esto se confirma con las jurisdicciones, y oficios adquiridos cõ dinero del adquirente, que en tanto grado los haze suyos, y se consideran profecticios, y q̃ en ellos se succede à quien los adquiriò, *etiam pro te, & filijs, vel pro te, & successoribus*, que los puede vender, hipotecar con lo demàs que le pareciere, vt cum Montan. Fulu. Constanc. Rovit. Salernitan. Thor. Reverter. Capic. Latro, & alijs probat Noguerol, *allegat.* 37. *à num.* 18.

102 *Idem tenent in donatione facta pro te, & filijs*, quando en ella fue el padre solamente contemplado, y se hizo por titulo, y meritos suyos proprios, por ser tambiem profecticia. Mantic.

tic. *de tacit. lib.* 13. *tit.* 21. *num.* 6. Hermosill. *in l.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *gloss.* 5. *num.* 48. 49. & 50. Noguerol, *dict. allegat.* 37. *num.* 21. Castill. *lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 43. opinion tan conforme à los principios ponderados, que por ningun medio se puede repugnar.

103 Con que si el successor non capit à Principe, sed à primò adquisitore, en quien es profecticio lo que recibe, por cuya causa puede disponer en la forma que quisiere el padre, respecto de sus hijos; como se le puede negar al pariente esta potestad, respecto de sus parientes? Y si los cinco Autores citados confiessan al adquirente la potestad de disponer en la concession graciosa, què dirian en la dignidad que su Magestad concediò por contrato, en que intervino tan excessiva cantidad?

104 Mayormente en especie, en que con evidencia se reconoce, que el animo de su Magestad solo fue recibir este servicio para las necessidades publicas, dexando todo lo demàs à disposicion de quien se le ofrecia, como sabidor de la prelacion con que debia graduar à sus parientes; y lo contrario no fue del concepto del contrato, y necessitò de expressa capitulacion, *Non satis autem est donantis esse nummos, & fieri accipientis, vt obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari, & accipi, vt obligatio constituatur, vt in l. Obligationum substantia, §. 1. de obligat. & action. & infra. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam, & donantis fuerit, & mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter eos actum est*: Y como cosas diversas, deducida la vna en el contrato, *altera nihilominus integra remaneret, vt in l. Si is, qui* 18. *ff. eod.*

105 Y aunque se pondera, que aviendo Don Baltasar representado à su Magestad en su memorial los meritos de sus mayores, y pedido el Titulo por su persona, y Casa, merecido por sus servicios, se hizo esta merced, no solo al impetrante, sino tambien à los successores de aquellos cuyos meritos representò; con que no pudo disponer de lo que se concediò à tantos como fueron contemplados, *ex l. 3. §. Si donaturum, de donat. inter. l. Cùm pater, §. Donationis de legat.* 2. Esta consideracion tiene concluyentes satisfacciones:

106 La primera, es la que resulta de su mismo memorial, por aver ofrecido en èl servir à su Magestad con treinta y quatro mil pesos; que es la causa que se atendiò, aviendo sido expressado lo demàs vnicamente por mayor decencia de lo que se tra-

taba, *ex tradit. à* Castill. *lib. 4. cap. 40. num. 18. & de tertijs, cap. 18. num. 147. versic. Procedit.*

107 La segunda, porque la relacion nuda de servicios no constituye titulo remuneratorio; ni conduce mas que para el fin que queda dicho; no solo quando el donatario generalmente los expressa, sino tambien quando el Principe motiva la merced que haze con los servicios, refiriendolos con la misma generalidad, ex D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 8. à num. 39.* Antun. *de donation. lib. 1. prælud. 2. à num. 48. vbi plures.*

108 Y la tercera es, porque aunque regularmente adquiere la persona contemplada, *ex l. Sed si plures, §. In arrogato de vulgar. l. Profectitia, §. 1. de iur. dotium, l. Dotem dedit. de collation. bonor. l. Additio. §. 1. de adquir. hæreditat.* Vela, *dissertat. 38. num. 90.* Sanchez *de matrimon. lib. 6. disputat. 26. num. 11. & 12.* Iul. Capon. *tom. 4. disceptat. 311. num. 27. & 28.* Giurb. *observat. 6. à num. 1.* Castill. *lib. 4. cap. 5. à num. 26. vsque ad 32.*

109 Tiene dos limitaciones esta regla entre otras, que son exclusivas del intento; la vna es, quando han muerto las personas, cuyos servicios fueron contemplados, porque en este caso solo adquiere el que recibe el galardon, vt tenent Acebed. *in l. 3. tit. 9. lib. 5. num. 12. & 13.* Sanchez *de matrim. lib. 6. disputat. 26. num. 16.*

110 Y la otra, es en las mercedes Regias, en las quales nô adquiere la persona contemplada, sino la que privativamente recibe, ex Gratian. *disceptat. 993. à num. 10. vsque ad fin.* Noguerol *allegation. 8. num. 50.* Anton. Gom. *in l. 48. Taur. num. 4.* Antun. *de donation. lib. 1. cap. 3. num. 63. & 64.* Giurb. *dict. observat. 6. num. 10. in fin.* D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 15. à num. 3. & in politic. lib. 3. cap. 16.*

111 En tanto grado, que olvidado el derecho de los vinculos de la sangre, y de la patria potestad, no le permite al padre, ni el vsufructo de los bienes desta calidad, *ex l. Cum multa, C. de bon. quæ liber.* Matienz. *in l. 9. tit. 1. lib. 5. gloss. 2. à num. 3.* Anton. Gom. *in l. 48. Taur. num. 3. & 4.* Antun. *de donation. lib. 1. cap. 3. num. 65.* D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom. 2. lib. 2. cap. 15. à num. 1.* D. Molin. *lib. 1. cap. 19. num. 24.*

112 Ni à la familia parte alguna de la remuneracion concedida en contemplacion de sus servicios, pues el hijo remunerado aun por los de su mismo padre, no debe conferir, ni comunicar

car à los demàs, lo que por este titulo se le concede, ex Valasc. *de partition. cap.* 13. *à num.* 178. Cyriac. *tom.* 3. *controvers.* 474. *num.* 23. Antun. *de donation. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 63. *&* 64. Anton. Gom. *in l.* 48. *Taur. num.* 4. *&* 5. Noguerol, *allegat.* 8. *num.* 50. *&* 51. D. Olea, *tit.* 3 *quæst.* 8. *num.* 39. con que ni para esta merced huvo mas servicios contemplados, que el de los treinta y quatro mil pesos, ni aunque se contemplàran, fueran capaces de diversa estimacion.

113 Antes bien, de ellos mismos se debiera inducir nueva facultad de disponer en el adquirente, porque si el padre, ò qualquier otro acreedor desta gratitud, puede dexarlos al hijo, ò persona que quisiere, por no producir accion, ni titulo eficàz, vt tenent Bosio *de patr. potestat. cap.* 3. *num.* 255. D. Solorçan. *dict. lib.* 2. *cap.* 30. *per tot.* D. Olea *de cession. tit.* 3. *quæst.* 8. *num.* 39. Por què la remuneracion que por ellos se consigue, no ha de llevar implicita la misma facultad, y vestirse de su misma naturaleza? *Vt in l. Imperator,* §. *fin. cum duabus seqq. de legat.* 2.

114 Y no pudiendose dudar en la potestad que su Magestad tuvo para conceder, fuera Don Baltasar el primero, que no huviera hecho suyo lo que adquiriò con su dinero, contra todos los principios, y especialmente contra la *l.* 3. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recopilat.* que haziendo privativo del marido lo que adquiere por merced del Principe, lo comunica à la muger, quando à costa suya sirviò para que se le galardonasse, vt tradunt Gutierr. *lib.* 2. *practicar. quæst.* 119. *num.* 6. Acebed. *in dict. l. num.* 13. *&* 14. Matienz. *in ead. l. gloss.* 6. *num.* 5. D. Covarrub. *in cap. Cùm in officijs de testam. num. fin.* D. Solorçan. *de iur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 46.

115 Y assi, para saber à quien pertenece lo adquirido por el esclavo comun, se recurre à examinar cuyo era el dinero con que comerciò, *vt in l. Si alienus* 19. *l. Si ex re* 28. §. 1. *de stipulation. servor.* Y degenerando la donacion de su naturaleza, con la interbencion de precio, sin que se pueda governar por las reglas de pura liberalidad, ex Antun. *de donation. lib.* 1. *prælud.* 2. *à num.* 1. no puede aver motivo que à Don Baltasar le impidiesse la disposicion de los llamamientos que hizo para la succession de esta dignidad.

§. V.

§. V.

AVNQVE ESTE TITVLO SE CONCEDIO tambien à los succeſſores, pudo ſin embargo Don Baltaſar hazer ſus llamamientos.

116 HEmos dicho, que la expreſsion de ſucceſſores era en eſta merced tan neceſſaria, que ſin ella quedaria perſonal, ex *Leg. 1. de conſtitution. Princip. & ſuprà diximus, n.7.* Y conſiderando que eſta palabra *Succeſſores* comprehende vnas vezes los de ſangre, y otras todo genero de ſucceſſores, aunque ſean eſtraños; y que el deberſe entender de los vnos, y no de los otros, depende de la materia ſugeta, ex Barboſ. *appellatiu.* 254. Tondut. *reſolut. ciuil. 44. per tot.* Caſtill. *libr. 5. cap. 87. à num. 7. vſque ad* 17. entendiendo eſtos ſucceſſores por los de ſangre; como parece preciſo; reſpecto de auer de ſer perpetua la ſucceſsion; es vna miſma la duda que ſe ofrece ſobre ſi eſtos ſucceſſores han de ſer con preciſa forma regular deſde el tiempo de la conceſsión, ò ſi la coſtumbre de ſucceder ſolo ha de tener lugar en defecto de prouidencia del adquirente.

117 Y parece que la poteſtad de diſponer ſe induce nueuamente de la palabra *Succeſſores*, porque como en los mayorazgos ſe ſucede al fundador, de quien ſe conſidera que cada vno de los ſucceſſores le recibe, ex *Leg. Cohæredi, §. Cum filiæ de vulgar. l. Vnum ex familia, §. Si de falcidia, de legat.* 2. D. Molin. *lib. 1. cap. 8. à num. 2.* es ſin duda deberſe entender de los ſucceſſores del miſmo Don Baltaſar, por auer ſido el verdadero fundador deſte Mayorazgo, *vt ſuprà, præcipuè* §. 4.

118 Y con ſuperior razon, conſiderada la forma del decreto, porque diziendo ſu Mageſtad en èl, *Para èl, y ſus ſucceſſores*; entenderlos de otro, fuera ofenſa de la letra de la miſma conceſsion. Y ſiendo eſta palabra generica, y reſpectiua à la perſona honorada, es ſin controuerſia, ſe deben entender los del miſmo Don Baltaſar, ex tradit. à Roxas *de incompatibil. 4. part. cap. 1. num. 51.* y aſsi Barboſ. *appellat. 94. num.* 39. Caſtill. *lib. 5. cap. 93. §. 16. num.* 28. fundan que el pronombre *Suus, ſua, ſuum*, reſtringe la diſpoſicion à los ſucceſſores del miſmo que diſpone; de donde reſulta la poteſtad que tuvo para los llamamientos que hizo.

119 Porque ſi ſe recurre à la ley que los hizo al tiempo de

la adquisicion, no la ay; si à la que le quita la facultad de hazerlos, tampoco; si à la costumbre, no llegò su caso, porque la previno con su disposicion; si prefieren otros successores à los expressados, lo resiste la voluntad, sin la qual, ninguno puede succeder; no son sus successores los que no quiso, quedaba intestable; y siendo tan legales los mayorazgos de eleccion, aun à estos no se quieren assimilar estas dignidades, sino que precisamente lo han de quedar ab ore Principis, corrigiendo por este medio tantas reglas como quedan ponderadas, las mismas palabras del decreto, que entendiendolas *prout à iure*, no pueden corresponder à otros successores, que los que Don Baltasar quisiesse, y eligiesse.

§. VI.

NO SE PVEDEN CONSIDERAR ESTE TITVLO, ni Mayorazgo vnidos al Mayorazgo de la Gorbarana.

120 SON Tantas las especialidades que quieren los Marqueses de Mejorada, que nos es preciso dilatar mas este discurso de lo que parecia necessario; porque pretenden que con el nudo decreto de su Magestad quedò en esta Dignidad fundado vn Mayorazgo regular inalterable; que esta lleuò à si, como superior, y mas digna, la Villa, y territorio en que se puso, que la Casa de la Gorbarana, como contemplada, adquiriò lo vno, y lo otro; y que auiendo agregado la renta en su testamento para el lustre, y decencia de los posseedores deste Marquesado, Titulo, Villa, y renta, pertenecen à los Marqueses de Mejorada, dexando à Don Baltasar absolutamente intestable.

121 Y aunque, si el Marquès Don Baltasar pudo disponer, como parece queda concluyentemente probado, no pueden tener lugar estas pretensiones; considerando sin embargo que los medios que quedan ponderados conducen solo para la controuersia de la potestad, y que à este corresponde mucha parte de question de voluntad; suponiendo que el Marquès Don Baltasar dispuso del Titulo, Villa, y renta en el testamento con que muriò, y que quando obtuvo esta Dignidad, se hallaba posseedor del Mayorazgo de la Gorbarana, y de la Villa de Azialcazar, como hazienda libre; y que en el memorial que diò à su

Ma-

Mageſtad, refiriò lo vno, y lo otro, nos es preciſo dezir, que eſte medio es totalmente deſtituido de razon.

122 Porque lo que el poſſeedor del mayorazgo adquiere con ſu caudal, no lo adquiere para el mayorazgo, ſino para ſi, y ſus ſucceſſores, à ſu eleccion, ſino es en caſo de expreſſa contraria voluntad, ex D. Molin. *lib. 1. cap. 26. num. 8. verſic. In contrarium*, adonde dize: *Iniuſtiſsimum eſſet rem maioratus poſſeſſoris pecunia adquiſitam, illicò maioratui, abſque eiuſdem facto, ſeu voluntate adijcere.* Valeron *de tranſaction. tit. 5. quæſt. 6. à num. 12. vbi cum plurib.* Amat. *reſolut.* 14. *n.* 27. Caſtanat. *conſ.* 10. *num.* 141. Addent. ad Molin. *vbi proximè, num.* 2. que fundan que ſin expreſſa voluntad, no adquiere el mayorazgo.

123 Concluſion en tanto grado cierta, que tiene lugar, aunque la adquiſicion ſea por titulo, y cauſa del mayorazgo, y con caudal producido dèl, como en el retracto de la coſa vinculada, que ſe vende en los caſos permitidos, en la adquiſicion del dominio vtil, perteneciendo el directo al mayorazgo, en la redempcion del cenſo à que eſtaba hipotecado, y en otros caſos de eſta calidad, en que el mayorazgo queda como eſtaba, y ſin nueua adquiſicion, ex D. Molin. *lib. 1. cap. 26. tit. 8. 9. & 10. vbi* Addent. *num. 9. & 10.* Valeron, *tit. 5. quæſt. 6. à n.* 10. Giurb. *deciſ.* 92. *num. 3. & 4.* D. Salgad. *in Labyrint. 2. part. cap. 7. à num.* 1. D. Olea *de ceſsion. tit. 4. quæſt. 1. num.* 34. que con otros muchos entienden eſta concluſion en los feudos.

124 Porque como dize la *L. Venditor de hæred. vel action. vend. Pretium enim hominis venditi, non ex re, ſed propter negotiationem percipitur. L. Socium 60. §. Socius pro ſocio*, ibi: *Quia id non in ſocietatem, quamuis propter ſocietatem impenſum ſit.* Et infra: *Nam nec compendium, quod propter ſocietatem ei contigiſſet, veniret in medium. L. Paulus 29.* de pignorib. ibi: *Sed ea, quæ ex bonis defuncti non fuerunt, ſed poſteà ab hærede eius ex alia cauſa adquiſita ſunt, vindicari non poſſe à creditore teſtatoris. L. Item veniunt, §. Item de petition. hæredit. l. At vbi, ff. eod. l. Pupillus, 24. quæ in fraud. creditor. l. Si à me ad leg. falcid.* Con que ſi para que el mayorazgo adquiera es neceſſaria vna clara voluntad; què ſe dirà de quien la tuvo expreſſa para que la Gorbarana no adquirieſſe?

125 Y aunque fuera legal diſcurrir en congeturas contra vna expreſſa, y literal voluntad, *ex leg. Ille, aut ille, de legat. 3.* ſolo conducen las que ſe ponderan para mayor conuencimiento

deſta

desta pretension; porque aunque refiriò en el memorial Villa, y Casa, y que pretendia este honor por su persona, y Casa; ya dexamos dicho fuè esta relacion por decencia de lo que solicitaba; porque en la verdad, lo que vnicamente se contemplò, fue el seruicio de los 34U. pesos, vt suprà §. 4.

126 Y aora añadimos, que el decreto de su Magestad no haze mencion de Casa, sino absolutamente *Para èl, y sus successores*; Que es lo que se debe atender; aunque tuviera otras clausulas el priuilegio, porque estas se presumen puestas ex capite Notarij, como lo dize la *L. 8. tit. 9. part. 2. E à su oficio pertenece escriuir las cartas fielmente, segun las notas, ni menguando, ni creciendo ninguna cosa. Plura cumulat* D. Salgad. *de retent. Bullar. 2. part. cap. 30. à num. 14.*

127 Ni de la palabra *Casa* se pudiera inducir razon, que no fuesse contraria al intento, porque en la materia sugeta es lo mismo que linage, ò familia, ex *leg. Pronuntiatio, §. Item appellatur, de verbor. signif.* Barbos. *appellat.* 81. D. Valenç. *cons.* 63. *num.* 126. Escobat *de puritat. 1. part. quæst. 4. §. 2. num.* 11. Castill. *lib. 5. cap. 93. §. 16. num.* 10.

128 Y se considera la efectiua respecto de aquel à quien se sucede, aunque tenga origen mas antiguo, por ser propriamente la Casa del que funda: *Item appellatur familia collectio personarum, quæ ab eiusdem vltimi genitoris sanguine proficiscuntur, vt in dict. l. Pronuntiatio, de verbor. significat.* D. Molin. *lib. 3. cap. 9. num. 20.* Fussar. *de substit. quæst. 353. num. 1.* Pereir. *decis.* 8. *per tot.* Castill. *dict. §. 16. num.* 28. Vbi, quod hoc maxime procedit, si vtatur pronomine suus, sua, suum, Addent. ad D. Molin. *lib. 1. cap. 4. num.* 40. Vbi, quod in dubio præsumitur testatorem sensisse de propria familia in specie, & non in genere, Barbos. *appellat.* 94. *num.* 39.

129 Y es superior la resistencia deste medio, considerando el que Don Baltasar no dispuso desta Dignidad entre estraños, sino entre los successores de su misma familia, y Casa contentiua que quiso, con que satisfizo la forma del decreto, como satisface el padre que llama à la succesion del tercio, y quinto los descendientes que quisiere, ex *leg. 27. Taur.* D. Larr. *decis.* 33. *num* 99. D. Olea, *tit. 4. quæst. 8. num.* 11.

130 Y que el mayorazgo de la Gorbatana era vn vinculo fundado en el año de 1658. por la madre de Don Baltasar, con que no se podia llamar propriamente Casa, ni familia suya,

cum

cum filij patris, nō matris familiam sequuntur, *ex l. Cum legitimæ, l. Lex naturæ de stat. homin. §. 1. instit. de legitim. agnat. tutel. l. 3. tit. 11. part. 1. l. 10. tit. 11. lib. 2. Recopilat.* quia fœmina non habet familiam, vtpotè principium, & finis, *ex dict. l. Pronuntiatio, de verbor. signific.* Tiraquel. *de nobilitat. cap. 18. num. 20.* Amaya *in l. Exemplo 36. C. de Decurion.* de dōde proviene vsar los hijos del apellido del padre, *nomine patris vocatus, vt in l. Vxorem de manumis. testam.* D. Molin. *lib. 1. cap. 14. num. 39.* Escobar *de puritat. 1. part. quæst. 4. à num. 116.*

131 Y que por mas cuerpo que à la Gorbarana se le quiera dàr, se reduce à vna viña con vna casa de campo, en el Pago de la Gorbarana, de donde tiene el nombre, sin jurisdiccion, ni territorio; de donde resulta mayor imposibilidad de lo que se pretende, porque fuera esta merced *titulus sine re, vmbra sine corpore, & sine exercitio dignitas*, como notaron Mastrill. *de Magistrat. lib. 4. cap. 10. à num. 1. vsque ad 11.* D. Cresp. *observat. 117. num. 49.* Giurb. *de feud. §. 2. gloss. 13. num. 62. versic. Si terram.* Bobadill. *lib. 2. cap. 16. num. 25.* D. Salced. *in Theatr. gloss. 32. num. 63.*

132 Con cuyo motivo dixo Baldo *in cap. 1. versic. Si eramus de allodijs in vsib. feudor.* que estas dignidades estàn sobre los territorios, como la niebla sobre la laguna; y Oldrado, *consil. 252. num. 7.* las comparò à las servidumbres, que como calidades, no pueden estàr sin el sugeto, y materia de la jurisdiccion, y territorio; y como queda probado *suprà, num. 16.* eràn oficios jurisdiccionales, y asi Bobadill. *dict. lib. 2. cap. 16. num. 19.* dize, son Vicarios de los Reyes, y sus Corregidores perpetuos, y no pudiendo aver Corregimiento sin jurisdiccion, es monstruosidad pretender se lleve la Gorbarana este Titulo, y Dignidad.

133 Y aunque para que la Gorbarana le adquiriesse, se pondera, dixo en el memorial era posseedor deste Mayorazgo; este argumento persuade evidentemente lo contrario, porque tambien dixo lo era de la Villa de Azialcazar, à quien primero nombrò en su relacion, y à quien sobre las razones referidas, assisten el orden de la letra, *vt in l. Quoties de vsufruct. l. Qui solvendo 60. l. Si non lex 83. §. 1. de hæred. instituend.* Castill. *de vsufruct. cap. 40. num. 17.*

134 La razon de Salaçar de Mendoza, *lib. 3. de origin. Dignitat. cap. 7.* ibi: *De tal manera, que al que no tiene vassallos con jurisdiccion civil, y criminal, no acostumbran los Reyes darselos.*

135 El mismo hecho de averle puesto sobre la Villa, y averse llamado dueño de ella para adquirirle, y Marquès de Azialcazar despues de adquirido, porque del nombre apelativo se toma la interpretacion del acto que con indiferencia se celebra, *ex l. Qui tabernas, de contrah. emption.* D. Molin. *lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 13. & 14. D. Salgad. *in labyrint.* 2. *part. cap.* 9. *num.* 12. Y si era mas digna la Villa, y mas conveniente, y necessaria para titular, que la heredad, no necessita de comprobacion, porque de la calidad de los bienes se induce la voluntad de lo que se executa, vt plenè Castill. *lib.* 5. *controversiar. cap.* 84. *à num.* 1. Con que aunque el mayorazgo pudiesse adquirir sin voluntad expressa de su posseedor, y la materia pudiera ser congetural, es tan evidente la resistencia que tiene esta heredad del Pago que llaman de la Gorbatana, para la adquisicion deste Titulo, como la que tuviera para pedir la Villa en fuerza de averla comprado el Marquès Don Baltasar.

136 Ni pudiera ser practicable esta vnion de Mayorazgos, porque el de la Gorbatana tiene clausula de incompatibilidad con qualquier otro Mayorazgo, con que tenia impossibilidad el vnirlos, y assi Roxas *de incompatibilit.* 4. *part. cap.* 4. *à num.* 14. discurriendo en la incompatibilidad *ab homine*, funda que quando en el Titulo se succede *in modum maioratus*, le constituye tan diverso, que no se puede juntar con otro mayorazgo incompatible.

137 Y con incompatibilidad, y sin ella, siendo mayorazgos diferentes, y con diversos llamamientos se deben separar en su caso, no solo de las casas que ya estavan fundadas, quando se adquirieron, sino de los mismos territorios sobre que se pusieron estas Dignidades, *vt supra, num.* 12. Y assi lo tiene el Consejo determinado en el Titulo de Orellana, Galisteo, Lerma, Camarena, y en el Condado de Molina, que fueron divididos de sus Casas, y Mayorazgos antiguos, por ser sus llamamientos diferentes, vt testatur D. Salced. *vbi supra, num* 12.

138 Y es caso mas preciso el que estos dias se ha litigado en el Consejo por el Marquès del Vado, porque Don Iuan Mancha de Velasco, vezino de Antequera, casò con Doña Elvira Mancha su parienta, posseedora de la Casa de ambos, obtuvo Don Iuan Mancha Titulo de Marquès para èl, y los successores en su Casa, y mayorazgo, tuvieron vn hijo que es Don Agustin, muriò el padre, dispuso del Titulo en su testamento en favor de su hijo, y

de

de ſus deſcendientes; paſsò à ſegundas nupcias Doña Elvira, y aviendo acudido Don Aguſtin à la Camara, para que ſe le reſpondieſſe, obtuvo el decreto ordinario; llevaronſe los papeles al Conſejo, adonde Doña Elvira pidiò ſe retuvieſſen, fundandoſe en que el Titulo era ſuyo, como cõcedido à ſu Caſa, y mayorazgo de que era poſſeedora; y aviendoſe defendido Don Aguſtin, diziendo que la Caſa era la efectiva de ſu padre, que pudo diſponer, y diſpuſo en ſu favor, ſe denegò por executoria la retencion que por ſu madre Doña Elvira ſe introduxo, cuyo Relator fue el Licenciado D. Ioſeph de Torres, circunſtancias mucho mas vrgentes, por aver ſido la merced para Don Iuan Mancha, y los ſucceſſores en ſu Caſa, y mayorazgo.

139 Y aunque los Marqueſes de Mejorada ſe valen de la reſolucion que tomò el Conſejo en el Titulo de que ſu Mageſtad, hizo merced al ſeñor Don Iuan de la Puente, fue tan diverſo en la ſubſtancia, que no puede conducir para eſta controverſia; porque aquel Titulo fue muda gracia, y eſte ſe adquiriò por treinta y quatro mil peſos; aquel ſe concediò al ſeñor Don Iuan de la Puente, que ſiendo el primero donatario, muriò ſin diſponer, eſte à Don Baltaſar, que diſpuſo, como primero donatario, en aquel ſe quiſo conformar el ſeñor Don Iuan de la Puente con la coſtumbre, en eſte previno Don Baltaſar la coſtumbre con ſu providencia; en aquel diſpuſo Don Pedro de la Puente, primero ſuceſſor legal, ſin poder hazerlo, como en eſte tampoco lo huviera podido hazer Doña Franciſca Viña, primera ſucceſſora; en aquel diſpuſo Don Pedro de la Puente en favor de ſu muger, eſtraña de ſu familia, y deſpues de ſus dias en favor de Don Manuel de Vereterra ſu hermano vterino, y ſin ſangre de Puente, en eſte fue la diſpoſicion en favor de las parientas ſucceſsibles; y vltimamente, en aquel huvo denominacion de Marquès del Caſtillo, Titulo del mayorazgo antiguo de los Puentes en Solares, y en eſte no tuvo Don Baltaſar, ni aun memoria de la Gorbarana; con que por ningun medio puede adaptarſe aquella reſolucion à eſta controverſia.

140 El caſo de Don Lorenço Muñoz es de la miſma calidad, porque para titular ſirviò con diez mil peſos, y para empeñar el mayorazgo de ſu muger en eſta cantidad, obtuvo facultad, con calidad expreſſa, de que no deſempeñandole fueſſe el Titulo del mayorazgo de ſu muger, con que eſte exemplar ſolo puede conducir para probar que el Titulo quedaba proprio de quien pa-

gaſſe

gasse el dinero, y tan distante de mayorazgo regular por la misma concession, que quedò mirando à dos diversas familias, y pendiente el que la vna, ò la otra le adquiriesse, de la paga.

141 La merced del Duque de Aveyro es de la misma condicion, porque la que su Magestad le hizo de grandeza de primera classe, y de treinta mil ducados de renta, fue en recompensa de los Estados que en Portugal se le avian confiscado, de que no pudo disponer, por aver quedado esta merced subrogada en ellos mismos, por la doctrina de Gregor. Lop. *in l. 10. tit. 26. partit. 4. verb. Vendiendo, quæst. 23. & 24.* Y aviendosele hecho esta merced con renta, territorio, y jurisdiccion, es caso de diversa calidad, *vt supra diximus, num.* 10. & 11. sin que el aver su Magestad declarado en aquella ocasion, que en estas Dignidades se succedia por derecho de sangre, pueda turbar este negocio; porque Doña Florencia pretende por este mismo titulo, y la declaracion de su Magestad no corresponde à la controversia de si la successión se ha de deferir absolutamente por la costumbre, ò si esto ha de ser en defecto de disposicion del adquirente; con que ni la Gorbarana adquiriò, ni pudo adquirir esta Dignidad de Marquès.

142 Y si en ella es tan evidente la repugnancia; què se debera dezir de la pretension de llevarse la Villa de Azialcazar con el Titulo? sin tener otro mas que la contraria voluntad de su legitimo dueño; contra el sentir de tan graves Autores, como los que fundan, que si la Dignidad se concede à quien tiene territorio libre, sin vnirla con èl al tiempo de la concession, ni el Titulo altera la libertad del territorio, ni el territorio la de la Dignidad, conservandose ambas cosas en su estado, *vt supra, num.* 13. en tanto grado, que pudiera comprar otra, y titular sobre ella; y no poner el Titulo sobre la que ya tenia, por no aver ley que se lo prohibiesse; con que no solo pudo disponer, sino que fue necessaria su especial disposicion.

143 Y si en caso de ser contrarios, ò diversos los llamamientos del Titulo, y del territorio, se separan, *vt supra, num.* 12. por no ofender la voluntad de quien assi lo dispuso, *Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, vt in l. Omnium, C. qui testam. facer. pos.* Como podrà passar esta Villa al vinculo de la Gorbarana contra la del Marquès Don Baltasar? que por ventura no titularia en ella, sino para que succediessen primero sus dos sobrinas, Doña Francisca, y Doña Florencia, por la razon del

tex-

texto in *Leg. fin. C. de pact. conuent. inter emptorem, & venditor. Cum etenim venditor, vel alter alienator non alia lege suum transferre passus est; quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione.*

144 No permite la Villa los discursos que se hazen en la Dignidad, ni en ella interuino la Real mano de su Mageſtad, libre la adquiriò, y la tuvo libre, hasta que la quiso vincular; y lo contrario fuera perjudicar el Principe con la donacion que haze, quitar la disposicion à su dueño, y la libertad de que testasse contra el derecho de las gentes, fundamentos que con superior razon militan en lo respectiuo à la renta; porque ni esta era parte necessaria para la merced, ni proxima, ni remotamente se pudo contemplar, para lo que con ella, y sin ella su Mageſtad suele conceder.

145 El animo de Don Baltasar fue hazer esta Casa para su posteridad, à su disposicion libre, dotòla con el Titulo, Villa, y renta, ordenò à su eleccion los llamamientos: y lo que los Marqueses de Mejorada quieren, es, aceptar la fundacion, y repugnar los llamamientos, siendo vna la disposicion, contra la *L. Cum quæritur, de administrat. tutor. Aut in totum agnoscere, aut à toto recedere.* Porque como dize la *L. 7. de bon. libertor. Nàm absurdum videtur licère eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim euertere.* Y lo contrario fuera querer muriesse *Partim testatus, & partim intestatus.*

146 Solo se reducen los llamamientos, y el mayorazgo se conserua, quando en el tercio, y quinto no se obserua el orden, y graduacion legal, ex D. Molin. *lib. 2. cap. 11. à n. 11.* Castill. *lib. 2. cap. 7. & cap. 30.* Paz *de tenut. cap. 34. à num. 142.* D. Olea, *tit. 4. quæst. 8. num. 11.* Porque la ley 27. de Toro expressamente lo prohibe; con que si los Marqueses de Mejorada tienen otra ley del Reyno para que el pariente con sus parientes tenga la misma obligacion que el padre respecto de sus hijos; y que al Marquès Don Baltasar le prescribiesse la forma que auia de obseruar en el Mayorazgo que fundasse, seria legal la reduccion en que insisten; y si disponiendo el padre del tercio, que es legitima, respecto de los estraños, fue necessaria esta ley 27. para reducir los llamamientos à su orden, què se deberà dezir de la disposicion del Marquès Don Baltasar, que muriò, y estuuo siempre libre destas reglas?

147 La renta, y Villa fueron agregacion à este Mayoraz-

go consuetudinario de la Dignidad, ibi: *Y para los alimentos del Estado de Marquès dexo los 17U. ducados de plata del Estanco del Tabaco de Seuilla, que su Magestad me empeñò, para que le goze, segun, y en la forma que me toca por Cedula de su Magestad, la dicha Doña Francisca Viña de Aluarado mi sobrina, y demàs successores en dicho Estado de Azialcazar, para siempre jamàs.* Con que es preciso conseruarlo todo vnido por la naturaleza de la agregacion, ex *Leg. Inter socerum, §. Cum inter. de pact. dotalib. l. Etiam, C. de iur. dotium.* Mieres *de maiorat. 1. part. quæst. 10. à num. 99.* D. Valenç. *consil. 33. à num. 1.* Roxas *de incompatib. 4. part. cap. 5. à num. 32.*

148 Y considerando que quando la agregacion se haze con diuersos llamamientos de los que tiene el Mayorazgo à quien se agrega, son dos los Mayorazgos; y que como tales, se deben diuidir, quando cada vno de los llamados pretende suceder en el que le toca, ex D. Molin. *lib. 1. cap. 8. num. 35.* vbi Addent. Castill. *lib. 3. cap. 10. à num. 17.* Roxas *de incompat. 4. part. cap. 5. à num. 28.* estimandose que Don Baltasar no pudo disponer de la Dignidad, son inevitables los absurdos, y repugnancias que se siguen.

149 Porque dar Villa, y renta con el Titulo à la Gorbarana, es contra la voluntad del fundador, que se ha de executar en todo lo que pudo disponer, que sin duda fue en la Villa, y en la renta; porque como agregacion con diuersos llamamientos, constituyen Mayorazgo diferente; diuidir el Titulo, es dexarle sin territorio, haziendo de vn Mayorazgo dos, contra la expressa voluntad de su fundacion; declararlo todo en fauor de Doña Florencia, es cumplir la disposicion en renta, y Villa sin disputa, y en el Titulo, por los insuperables motiuos que quedan ponderados, sin que contra ellos pueda tener lugar, ni que lo mas digno lleue à si lo menos digno, porque esta regla se entiende en las cosas indiuiduas, y no en las que son diuersas, y separables, ex Gratian. *discept. 641. num. 17.* Sanchez *de matrimon. lib. 3. disput. 29. num. 8.*

150 Ni los discursos de contemplacion de la Gorbarana, y sus successores; porque sobre lo que queda dicho, contra voluntad expressa, no se pueden permitir congeturas, ni argumentos: no ay tan cierta interpretacion, como lo que declara el mismo que dispone, ni puede auer quien mejor entienda lo que contemplò, ni lo que quiso, que quien hizo la fundacion, ex Rosa, *consult.*

69.

69. num. 86. Vbi, quod hæc declaratio causam in tuto collocat, quia nulla potest esse melior interpretatio.

151 Dispuso el Marquès Don Baltasar, y pudo disponer, y hazer los llamamientos dentro de su familia, para la succession deste consuetudinario Mayorazgo, como lo huviera podido hazer en feudo, emphiteusi, jurisdiccion, donacion, y oficio; fue profecticia esta Dignidad, como adquirida con su hazienda, sin otra contemplacion; con implicita facultad, para que della dispusiesse; recibiòla libre, y sin mencion de Casa, ni de Mayorazgo, como quien solo trataba de adquirirla para fundarle, y para este efecto quedaron en su eleccion los successores conferidos; posseedor era de la Gorbarana, pero ni adquiriò, ni pudo lo que no le quiso dar; fue el Autor deste Estado, y este el logro de su industria, Villa, y renta fruto de su prouidencia: seria el vltimo termino de la desgracia el q̃ familia, que le debe confessar acreedor deste beneficio, acusasse su disposicion de injusta, para dexar intestable, como à esclauo, al Artifice desta fortuna: suceder la Gorbarana, es ofensa de la voluntad; diuidir, lo resiste la disposicion; quiso vn mayorazgo, y pudo lo que quiso: prueban esta potestad todas las reglas, como nacida con la naturaleza, y conocida por el derecho de las gentes; la defienden todos los Autores, que sobre ella discurrieron; es conforme à la razon ciuil, y natural, y à toda legal equidad; el concepto de su Magestad se logra, la costumbre se satisface, el adquirente no se perjudica.

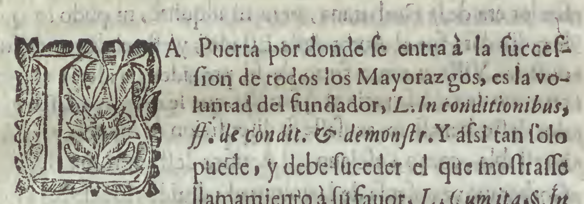
152 Y no auiendo ley que lo prohiba, ni Autor que à tan legal doctrina se oponga, y estando este sentir aprobado por el de tantos, y tan grandes Iuezes, como votaron las tres sentencias conformes en fauor desta defensa, ni este caso lo pudo ser de segunda suplicacion, porque la ley de Segouia solo mirò à enmendar las notorias injusticias; ni interpuesta, se puede alterar lo que tan justamente està determinado, y resuelto. Y assi lo esperan los Marqueses de Azialcazar. Salua in omnibus, &c.

Lic. Don Francisco Brauo Bobadilla.

PARTE

PARTE SEGVNDA.

TOCA, Y PERTENECE ESTE Mayorazgo à Doña Florencia Viña y Alvarado, con exclusion de Doña Francisca su hermana, por no auer cumplido con la condicion que la impuso D. Baltasar de Vergara Grimon, primero Marquès de Azialcazar.



1 LA Puerta por donde se entra à la succession de todos los Mayorazgos, es la voluntad del fundador, *L. In conditionibus, ff. de condit. & demonstr.* Y assi tan solo puede, y debe suceder el que mostrasse llamamiento à su fauor, *L. Cum ita, §. In fideicommisso, ff. de legat. 2. leg. 1. C. quor. bonor.* Pero siendo el llamamiento con alguna calidad, no puede entrar en la sucession quien se hallasse sin ella, pues no le assiste la voluntad del testador, que es qualificada: y assi dixo D. Larr. *decis. 33. num. 33. Qui ad maioratus successionem admitti curauerit, tria probare tenetur: vocatum fuisse, habere qualitatem, sub qua vocatus, & suæ substitutionis casum euenisse, vt tradiderunt Roland. lib. 3. consil. 56. num. 3. Honded. cons. 60. num. 12. Menoch. cons. 97 num. 103. & seqq. Burg. de Paz, consil. 34. num. 21. Acebed. consil. 18. num. 17. Cassanat. cons. 4. num. 9.*

2 En este caso procede lo referido con mayor razon, porque no cumpliendo Doña Francisca con la condicion, ò precepto de casarse con su tio Don Christoual de Alvarado, no solo no està llamada, sino excluida, como parece de la fundacion del Mayorazgo de 13. de Septiembre de 674. Memor. fol. 5. *Y si la dicha Doña Francisca no quisiere casarse con el dicho Don Christoual, mando que en tal caso passe este Titulo, y manda à su hermana Doña Florencia, sin carga ninguna.*

3 Desta disposicion nace que *ab vno dependet* la exclusion de Doña Francisca, y la inclusion de Doña Florencia, pues no casandose Doña Francisca con su tio, la excluye deste Mayorazgo; y en tal caso llama à Doña Florencia su hermana: con que

pro-

bando, que faltò à la condicion Doña Francisca, se manifiesta su exclusion, y la inclusion cierta de su hermana Doña Florencia: y consiguientemente està justifica los tres requisitos que advierte D. Larrea *dict. dec. 33. num. 33.* Manifiestase la exclusion de Doña Francisca, con averse casado con Don Estevan de Llarena; y assi, no puede disputar la succession à su hermana, porque para intentar accion en virtud del llamamiento, necessitaba de proponer, y hazer patente el cumplimiento de la condicion, ò gravamen de casarse con la persona expressada, son puntuales los textos, *leg. 1. C. de instit. & substitut.* ibi: *Cum auum maternum ea conditione filiam tuam hæredem instituisse proponas, si Anthyli filio nupsisset, non priùs hæredem existere, quàm conditioni paruerit, l. Cùm ita 63. Videamus, & si ita legatum sit, si Titio nupserit; & quidem, si honestè Titio possit nubere, dubium non erit, quin nisi paruerit conditioni, excludatur à legato, l. Pater Severinam 101. ff. de condit. & demonstr. l. 14. tit. 4. part. 6.* latissimè Fontanel. *de pact. nuptial. claus. 6. gloss. 3. part. 4.* Porque siendo el llamamiento condicional, se requiere *per priùs* cumplimiento de la condicion, para que nazca accion de pedir en virtud dèl, *ex l. Legata 41. ff. de condit. & demonstr.* y los textos referidos.

4 Mucho se ha querido discurrir sobre si el llamamiento de Doña Francisca es condicional, ò modal? Y aunque en substancia para este caso solo es question de nombre, pues sea modo, ò condicion, siempre se debe cumplir; sin embargo, quiere Doña Francisca introducir esta question por los efectos diversos que producen, porque la condicion suspende la succession hasta su cumplimiento: Y el modo solo obliga à cumplirle, sin impedir la succession en el interin, ex traditis à D. Molin. *lib. 2. cap. 12. à num. 4.*

5 Pero sin embargo, porque conduce esta disputa para algunas conclusiones deste Papel, se apoyarà, que el casamiento hecho à Doña Francisca, con el gravamen de casarse con su Tio Don Christoval de Alvarado, ù es condicional, ò por lo menos *resolvitur sub conditione.* Porque atendiendo à la fundacion, se hallarà que en vna misma clausula la llama à la succession; y à su hermana Doña Florencia, y à otros; y encarga à Doña Iuana Alvarado, *que case à la dicha Doña Francisca precisamente, luego sin dilacion, y que no passe de vn año,* con Don Christoval de Alvarado, à quien tambien se lo manda; *Es condicional el llamamiẽto.*

y cie-

y cierra la clausula: *Y si la dicha Doña Francisca no quisiere casarse con el dicho Don Christoval, mando, que en tal caso passe este Titulo, y manda à su hermana Doña Florencia, sin carga ninguna.*

6 Desta clausula, que es vna, solo se puede colegir, que el concepto del llamamiento es condicional; porque aunque al principio se concibe sin condicion alguna, al fin se dà el llamamiento à su hermana, *si Doña Francisca no cassasse con su Tio.* Y no se debe reparar en el modo con que se conciben estos gravamenes, sino en la mente del fundador, si lo tuvo por causa para el llamamiento; porque en tal caso, siempre es condicional, *l. A testatore* 109. *de condit. & demonstr.* ex Bald. Paris. *cons.* 19. *num.* 180. 248. *lib.* 2. quos refert Mieres *in proposito* 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 262. Y siendo el fin de la clausula condicional, donde se encierra todo el concepto, lo primero della se declara, y explica con lo final, *vt in specie* Mieres *dict.* 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 237. & 238.

7 Lo segundo, porque aunque al principio de la clausula tiene llamamiento simple la dicha Doña Froncisca, excluyendola despues del mayorazgo, sino se cassasse con su Tio, influye esta condicion en el llamamiento anterior, y acredita, que solo se le diò *sub conditione contraria*: y la condicion cõtraria es, *si se cassasse con dicho Don Christoval*, son textos expressos, *l. Legatum purè, ff. de adimend. legat.* ibi: *Nàm legatum, cum sub conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset, l. Aliquando* 107. *in fin.* ibi: *Ex diverso quoque purum datum legatum, conditionale videtur, veluti, quod sub conditione ademptum est, quia sub contraria conditione datum intelligitur, ff. de condit. & demonstrat. l. Quibus diebus, §. Quidam* 2. *ff. eodem*, Cephal. *cons.* 559. *num.* 3. *lib.* 4. Mier. *dict. illat.* 8. *num.* 26. *cum alijs*, Ramon. *consil.* 95. *num.* 17. & *benè num.* 101. *in fine.* Y assi, es lo mismo que si huviera dicho, succeda Doña Francisca, si se casare con Don Christoval su Tio. Acosta, *lib.* 1. *select. cap.* 25. *num. fin.* que es exclusion aplaudida de Bald. *in cap. Cùm accessissent de constit. num.* 7. que dize: *Non promitto tibi centum, nisi Papa Perusium venerit*; *contineri illam, promitto centum, si venerit.*

8 Esto mismo persuade la *l. Cum in testamento* 37. *§. fin. ff. de hæred. instit.* ibi: *Qui tres filios habebat, & ita scripserit, filij mei hæredes sunto. Publius filius meus exhæres esto: Videri potest,*

poteſt, prima parte duos duntaxat filios hæredes inſtituiſſe. Que prueba claramente, que aunque al principio eſtè comprehendido en las palabras vno en el llamamiento, ſi deſpues en la clauſula ſe manifieſta voluntad contraria, ſe entiende, que al principio no fue incluido en el concepto. Y aſsi, aviendo limitacion en la clauſula del llamamiento puro, ſe debe entender, que Doña Franciſca fue llamada al principio con la limitacion, ò calidad expreſſada poſteriormente: es formal para el caſo Paul. Pariſ. *conſ.* 17. *à num.* 18. *lib.* 1. donde aviendo ſido llamadas, y habilitadas las hembras à la ſucceſsiõ de vn feudo, y pueſtolas la calidad, que ſe caſaſſen con conſejo de los Marqueſes de Monferrato, prueba con muchos textos, que eſta calidad reſtringe, y limita la habilitacion, y llamamiento; y concluye, que *in tantum ſunt habilitatæ, & vocatæ, in quantum interveniſſent dictæ qualitates*, y aſsi lo aconſeja, y queda con eſta doctrina.

9 Acredita eſta verdad lo que regularmente ſe dize de los llamamientos diſcretivos, porque aunque las palabras generales de ellos comprehendan toda la familia, ſi deſpues en las clauſulas eſtàn llamados eſpecificamente algunos, ò con alguna calidad, ſe infiere no eſtàr comprehendidos en el llamamiento generico, *Quia generi per ſpeciem derogatur*, D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 55. *vbi* Add. que es lo miſmo que en ſubſtancia paſſa en eſte pleyto.

10 Lo mas que ſe pudiera conceder en eſte caſo era, que eſte llamamiento hecho à Doña Franciſca en la clauſula, era puro, y ſugeto à reſolverſe *ſub conditione*, porque aunque las palabras del llamamiento no ſon condicionales, no ſe puede dudar, que ſi no ſe caſaſſe con ſu Tio, ſe reſuelve el llamamiento, y ſe le dà à ſu hermana Doña Florencia. Y en eſtos terminos, llegando el caſo de la reſolucion condicional, es lo miſmo en el efecto, que ſi el llamamiento fueſſe condicional; pues ſe reſuelve como ſino ſe huviera hecho, *ex l.* 2. *ff. de in diem addict. l.* 1. *C. de donat. quæ ſub modo*; *bonus textus leg. Quibus diebus* 40. §. *Quidem* 2. *ff. de condit. & demonſtr.* vbi in fine: *Vtrobique ſub conditione, vel datum, vel ademptum eſſe legatum.* Y aunque el ſeñor Molin. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 18. & 19. duda en quanto à los frutos percibidos haſta que ſe cumpliò la condicion reſolutiva queriẽdo que el llamado en el interin haga los frutos ſuyos; ſobre que no es la dificultad deſte pleyto; ſin embargo, lo cierto es, que llegando el caſo de la reſolucion, ſe entiende que el poſſeedor no fue llamado, y los

Eſte llamamiento reſolvitur ſub conditione.

los frutos anteriores, y posteriores à la resoluciō tocan al siguiēte, como lo expressan los Adicionadores, *dict. num.* 18. & 19. pero en lo que toca al mayorazgo, no ay duda alguna, que cumplida la condicion resolutiva, no le puede pretender sino el siguiente, ò llamado por el fundador, D. Molin. *dict. num.* 17. & *seq.* Addent. ibi Gratian. *discept.* 863. *num.* 24. Cephal. *cons.* 356. *num.* 28. Cyriac. *contr.* 239. benè Ponte, *cons.* 67. *à num.* 17. *cum seqq.* Ramon, *cons.* 95. *num.* 17.

11 Aunque quisiessemos, faltando à la mente del fundador, assentir al intento de Doña Francisca, que el gravamen de casarse con Don Christoval su Tio, era precepto modal; sin embargo, es preciso confessar siempre, que el gravamen referido es verdadera condicion: Lo primero, porque el ser modo, ù condicion el gravamen, ò precepto de casarse impuesto al primero llamado, pende de la voluntad del fundador, que si quiso tuviesse su cumplimiento antes que el llamado entrasse en la possession del mayorazgo, no es modo, sino condicion, D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 16. & 17. Mier. 2. *part. quæst.* 4. *illat.* 8. *num.* 258. & 290. Lo qual se verifica en este caso, porque el Marquès considerò el precepto de casarse Doña Francisca, de calidad que le huviesse de cumplir antes de entrar en el goze del legado, como resulta de la clausula, en que manda, que Doña Iuana su madre, *precisamente luego, y sin dilacion, que no passe vn año, efectue el casamiento*, y despues: *Y si la dicha Doña Francisca no quisiere casarse, passe este Titulo, y manda à su hermana Doña Florencia*; y no dize: *Succeda en el mayorazgo Doña Florencia, ni que se le prive à Doña Francisca*, que es muy de notar para conocer, que no quiso possession en Doña Francisca, sin el cumplimiento del precepto, y dàr à entender que era verdadera condicion.

El precepto modal equipollet cōditioni en muchos casos.

12 Lo segundo, quando el fundador no se queda en los puros terminos de poner el precepto, y sin èl no le llama, y passa à dàr llamamiento à otro, no cumpliendo el gravamen, es constante, que es condicion, y no modo, *ex l.* 2. *ff. de in diem addict.* D. Molin. *dict. cap.* 12. *num.* 18. vbi Addent. Mieres *dict. illat.* 8. *num.* 263. Pat. Molin. *de iustit tract.* 2. *dub.* 615. *num.* 3. *in fine* Add. ad Molin. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 23. Que tambien procede en este caso, pues conforme à la clausula, si Doña Francisca no se casasse con su Tio, llama à Doña Florencia su hermana.

13 Lo tercero, quando la causa final del llamamiento fue el cum-

cumplimiento del grauamen, *modus non differt à conditione*; mucho mas en vltimas voluntades. Y se reconoce ser causa final, quando el fundador, ò no quiso dar el llamamiento sin la calidad, ò grauamen referido, ò porque este era en fauor del testador, ù de otro tercero, benè Anton. Fabr. *lib. 6. in C. tit. de his, quæ sub mod. diffin.* 2. Paris. *consil.* 10. *à num.* 180. Ramon, *cons.* 95. *à num.* 21. Antun. *lib.* 1. *de donat. prælud.* 2. §. 1. *num.* 11. Fontan. *de pact. claus.* 4. *gloss.* 3. *num.* 13. Mieres, *dict. illat.* 8. *num.* 267.

14 El señor Luis de Molin. *lib.* 2. *cap.* 13. disputa sobre el precepto de casarse, impuesto por los fundadores à los llamados: y dize *num.* 24. que regularmente suele estar puesto este grauamen *in vim modi*; y asienta, que no cumpliendose el grauamen, ò por caso fortuito, ò impedimento de tercero, no debe ser excluido el llamado del Mayorazgo, por dos razones. La primera, porque el grauamen de casarse con cierta persona suele ser modo; y aunque caso fortuito no se cumpla, no debe ser excluido de la sucession. La segunda, porque esta calidad de llamamientos se haze para conseruar la familia, quando se pone al agnado, de que se case con la hembra della, y por acomodarla; y aunque esta falte, no es visto faltar la causa del llamamiento.

15 Auiendo assentado esta conclusion *d. cap.* 13. *num.* 24. *&* 26. reformò su sentir, ò se explicò en las annotaciones, *num.* 13. diziendo, tenia dos limitaciones. La primera, quando el llamado con calidad de casarse era estraño, y se le llamò à la sucession, casandose con la parienta de la familia.

16 Porque es verisimil, y natural que no le llamàra sin la calidad del matrimonio. La segunda, quando la llamada era hembra del linage, con calidad de casar con pariente, por conseruar la familia (que es nuestro caso) en estos, y otro qualquiera, en que el fundador no llamàra à aquel à quien puso el grauamen, no cumpliendole, ò no casandose, aunque sea por casualidad, ò culpa de tercero, no puede el llamado suceder; por ser condicion precisa para el llamamiento el matrimonio expressado en èl, ibi: *Animaduertendum est, hoc dupliciter limitari posse: primò, quando is, qui sub hac conditione vocatus fuit, erat extraneus, fœmina autem ex familia institutoris. Secundò, quando fœmina erat vocata sub ea conditione, vt masculo agnato nuberet, idque ad conseruandam agnationem factum fuit;*

in his namque duobus casibus, & omnibus alijs, quibus compertum fuerit, maioratus institutorem, non alitèr, quam ea conditione seruata, vocationem facturum fuisse, prædictá conclusio nullo pacto subsistere poterit. Iuan Gutierr. *de matrimon. cap. 20. num. 24.*

17 Esta doctrina es propria de nuestro caso, porque à Doña Francisca no la llama el fundador sin la calidad de casarse, pues veemos que no casandose con su tio, llama à Doña Florencia su hermana; y si quando sin la calidad del matrimonio no la llamàra, es condicion, es preciso lo sea en este caso, especialmente concurriendo el segundo motiuo de auerla llamado, como parienta de la familia, con la condicion de casarse con el sobrino del mismo fundador, por la conseruacion de su Casa, y linage, como parece en la clausula, *Memor, fol. 5.* ibi: *Y assi mando à la dicha Doña Iuana, que precisamente, luego, sin dilacion, y que no passe de vn año, efectùe dicho casamiento, por ser assi mi voluntad, porque quede vnida la calidad, y conseruacion de la Casa.*

18 Pero considerese el grauamen como se quisiere en contrario, de ser condicional, ò puro el llamamiento concebido debaxo de condicion resolutiua, ò solo modal; pues en ningun caso puede obtener. Porque si el llamamiento es condicional, como lo es, debe reconocer Doña Francisca, que no puede suceder, auiendo faltado à la condicion, como està justificado de las leyes referidas al principio, que hablan en estos precisos terminos, y es comun la resolucion de los DD. *vt in specie* Fulgos. *cons. 61.* Geronim. Gratian. *cons. 120. num. 12. lib. 1. & cons. 108. num. 8. lib. 2.* P. Molfes. *post commentar. ad consuet. Neapol. cons. 12.* Paris. *cons. 17. à num. 18. lib. 1.* Mar. Cutell. *de donat. tract. 2. discurs. 1. special. 6. Vbi latissimè, cum* Mieres *de maiorat. 1. p. quæst. 51.* P. Molin. *tract. 2. disp. 613. & 614.* P. Sanch. *lib. 1. de sponsal. disp. 33. & 34.* D. Molin. *lib. 2. cap. 13.* Castill. *lib. 6. cap. 127.* Ioan. Gutierr. *cons. 17.* Acebed. *cons. 4.* Ramon. *cons. 95.*

19 Si quiere suponer el llamamiento puro, concebido debaxo de condicion resolutiua, tampoco puede negar llegò el caso de auerse resuelto por la contrauencion al matrimonio encargado à Doña Francisca, D. Molin. *lib. 2. cap. 12. num. 18. 19. & 20.* cum Socin. Paris. Acosta, y otros Add. *d. cap. 12. num. 18.* P. Molin. *disp. 611. à num. 2.* Surd. *cons. 225. à num. 21.*

Ful-

Fulgos. *conf.* 61. *num.* 6. *verf.* *Ad fecundum*, Aymon Crauet. *conf.* 193. Cephal. *conf.* 356. *à num.* 22. Mieres 2. *part. quæft.* 4. *illat.* 8. *num.* 173. & 1. *part. q.* 51. *num.* 382. Caftill. *lib.* 6. *cap.* 127. *num.* 57.

20 Si fe quiere confiderar efte grauamen como modal, y no condicional, tampoco es dudable que fe debe cumplir por el llamado; y no lo haziendo, pierde el mayorazgo, vt ex latè deductis à Molin. *lib.* 2. *dict. cap.* 12. 13. 14. *num.* 10. & 12. *vbi latifsimè* Addent. P. Sanch. *lib.* 1. *difp.* 33. *num.* 7. Ramon, *conf.* 95. *num.* 20. Geronim. Gratian. *dict. conf.* 108. *num.* 28. *volum.* 2. Menoch. *conf.* 134. *num.* 7. & *à num.* 115. Cafiod. *decif.* 7. *num.* 7. *tit. de refcript.* Caftill. *dict. lib.* 6. *cap.* 127. *n.* 1. Y afsi, auiendofe cafado Doña Francifca con Don Efteuan de Llarena, eftando grauada à cafarfe con fu tio Don Chriftoual, contrauino, ex *Leg. Cum ita legatum*, 63. §. 1. *verf. Quæ enim Titiò nubere iubetur, cæteris omnibus nubere prohibetur*, *ff. de cond. & demonft.* Y la condicion, y el modo *in egrefu*, que es en falta del cumplimiento, obran vn mifmo efecto, Ponte, *conf.* 67. *à num.* 17. *cum feq.* Ramon, *conf.* 95. *à num.* 20. Con que no parece fe puede poner duda alguna en la exclufion de Doña Francifca.

21 Y en efta inteligencia eftuvo fiempre Doña Francifca, porque auiendofele dexado el Eftado con la condicion, y grauamen de cafarfe con fu tio, no cumpliendo el precepto, bien reconociò que renunciaba, ò fe apartaba de aquel derecho que podia tener, Ramon, *conf.* 95. *num.* Y afsi, viendo los fentimientos de fu madre, porque no fe cafaba con fu tio, refpondia que no debia tener tanta quexa, quando el mayorazgo no paffaba à ningun eftraño, fino à fu hermana Doña Florencia. Acreditalo tambien no auer querido recibir, ni ponerfe la cadena de oro remitida por Don Chriftoual, diziendo que alli eftaba Florita fu hermana, à quien effo, y mucho mas la dexaba, *vt infra, num.*

22 Lo mifmo reconocieron Doña Francifca, y Don Efteuan fu marido, pues aunque la demanda de tenuta fe le auia notificado en 5. de Iulio del año de 75. y defpues en 22. del mifmo fe capitulò con Don Efteuan, en dichas capitulaciones no fe ofreciò que lleuaria el Mayorazgo al matrimonio. Y al contrario, quando fe capitulò Doña Florencia con Don Diego Benitez, que fue en 7. de Nouiembre figuiente, eftando ya cafada Do-

ña

ña Francisca con Don Esteuan, fue este testigo de las capitulaciones de Doña Florencia, en que se ofreciò que lleuaria en dote el Titulo, y Estado que le pertenecia por el legado de su tio el Marquès de Azialcazar.

23 Es tan segura la exclusion de Doña Francisca por los medios referidos, que quando se ha mouido pleyto sobre caso semejante, ha sido siempre vencida la muger que no ha casado con la persona nombrada por el testador. Entre los Estrangeros es decision la de Minadois *in constit. Regni in 6. notabil. num.* 17 *in fin.* & 18. En Castilla huvo otro pleyto semejante à este en la Chancilleria de Valladolid, de que fueron Abogados por vna parte, que es la misma que defendemos, Iuan Gutierrez, y Acebedo, quienes escriuieron dos consejos muy doctos, aquel el 17. y este el 4. ambos contestan auerse dado tres sentencias conformes à fauor desta parte. En Granada huvo otro pleyto sobre contrauencion de otra hembra; y aunque era menor, fue excluida del mayorazgo, vt testatur D. Larrea, *decis.* 59. Fue muy cèlebre en Cataluña el pleyto de Angela de Blanes y Valgornera, à quien su padre la impuso grauamen de casarse *de consensu, & voluntate matris.* Y aunque sobre la validacion desta condicion ay controuersia entre los Doctores, parece que en el Senado de Cataluña se tuvo por valida, y por auer contrauenido la hija, casandose sin el consentimiento de la madre, se diò la herencia por executoria al substituto. Ramon, *cons.* 94. & 95. que trae la executoria à la letra, *post dict. cons.* 95.

24 De aqui nace que Doña Francisca intenta, y pretende este Mayorazgo, oponiendose derechamente à la disposicion del fundador, à la de derecho, è instando contra su mismo hecho, y consentimiento, como dexamos fundado, lo qual sin duda basta para abandonar su pretension; pero porque no se juzgue falta satisfacion à los motiuos con que ha defendido este negocio, se responderà à todos con exclusion notoria de su derecho.

25 Los fundamentos, que desvnidos se han expressado por Doña Francisca, se reducen à tres. El primero, que la condicion, y grauamen de casarse con su tio, fue nulo por dos razones, la primera, por ser condicion de casarse con pariente tan cercano como su tio: la segunda, por ser tal matrimonio desigual; y assi no huvo obligacion à cumplir esta condicion. El segundo, que aunque fuesse valida, no tuvo obligacion à cumplirla, por quatro medios. El primero, por no auerse impuesto este grauamen

à di-

à dicha Doña Francisca: el segundo, por no auerla requerido: el tercero, por no auer querido Don Christoual casarse: el quarto, por el pleyto que se puso sobre este Estado, luego que falleciò el fundador, por Don Diego Alvarado Bracamonte: el tercero, y vltimo fundamento, que quando no baste lo referido, cumpliò con la condicion, auiendo respondido que estaba prompta à casarse, passando su tio à Canarias; ò que se entiende cumplida, auiendose casado con Don Esteuan de Llarena, à instancias de Doña Iuana su madre, por cuya causa le compete el beneficio de restitucion in integrum.

§. I.

RESPONDESE AL PRIMER FVNDAMENTO, en que se excluye la nulidad opuesta à la condicion, ò grauamen puesto à Doña Francisca de casarse con su tio Don Christoual de Aluarado.

26 NO Se debe dudar, que el Marquès pudo grauar à Doña Francisca, que se casara con cierta persona, que fue la de Don Christoual su tio; pues aunque se se prohibe limitar la voluntad libre, que ha de concurrir para el matrimonio, ni imponer pena para que se haga: lo cierto es, que *spe præmij* se pueden dexar las herencias, y legados condicionales de contraher matrimonio con ciertas personas; porque esto es *Allicere ad matrimonium spe lucri, ex text. in leg. Titio centum, §. Titio centum; de condit. & demonstr. vbi* Bart. *&* *communitèr* Doctores, D. Couar. *de sponsal. 4. part. Decretal. lib. 2. cap. 3. §. 3. n. 6.* D. Molin. *lib. 2. cap. 13. num. 2. vbi* Addent. Castill. *lib. 4. cap. 25. num. 19.* Y aunque los testadores dexen las herencias, ò legados con la calidad de casar con ciertas personas, con la palabra, *Sub pœna amissionis legati, aut hæreditatis*, nunca es penal la disposicion; porque todo ello es combidar al matrimonio *spe lucri*: y solo es pena quando vno pierde algo de su hazienda propria, pero no quando le dexan la agena con alguna calidad, que es lo dispuesto en el *Cap. Gemma de sponsalib.* P. Sanchez, *lib. 2. disput. 33. num. 6. & 7.* P. Molfes. *post tract. ad consuet. Neapol. tom. 1. cons. 12. à num. 5.* P. Molin. *tract. 2. disp. 207.* Anton. Gom. *lib. 1. var. cap. 12. num. 78. vers. Item adde el 2.* Mieres *1. part. quæst. 50. & 51.* Castill. *libr. 6. cap. 115. à num. 11.* Mar. Cutell. *de donat. tract. 2. discurs. 1.*

spec. 6. num. 49. que refiere muchos, Ramon, *conſ.* 95. *num.*34.

27 Reconociendo eſto, ſe querrà fundar la nulidad deſta condicion, ò grauamen en los dos medios referidos ſuprà. Vno, por dezir, que es contra derecho el grauamen de caſarſe con pariente. Otro, por auerſe pueſto con perſona desigual en edad. Y el primero ſe apoyarà con la ley de Partida 14. *tit.* 4. *part.* 6. donde ſe excluye de la herencia, no cumpliendo la condicion de caſarſe, impueſta por el teſtador, y lo limita, ibi: *Fueras ende, ſi aquel con quien la mandaba, que caſaſſe, fueſſe pariente della, ò tal home con quien non debia, nin podria caſar ſegun derecho.*

Reſpondeſe à la ley de Partida.

28 Conſiderando el tiempo en que ſe hizo la ley de Partida, que fue por el ſeñor Rey Don Alonſo el Sabio, era preciſo que fueſſe nula la condicion, por ſer impoſsible entonces caſar con pariente, por ſer contra derecho. Y aſsi ſe gouernò la diſpoſicion por la comun opinion de que en los teſtamentos ſe repele la condicion impoſsible. Y ſe vee que eſta lo era entonces, de que antes del ſeñor Rey Don Alonſo, y mucho deſpues, no ſe auia diſpenſado en eſte impedimento, guardado ſiempre tan inuiolablemente, que aun los matrimonios contrahidos de hecho entre los Reyes, ni ſe diſsimularon, ni ſe diſpenſaron, preciſandolos à la ſeparacion, con libertad de poder cõtraher con otros; ſin embargo de que la ſuperioridad de los contrahientes, y las conſequencias de la conſeruacion de la Real deſcendencia, y Monarquia, parecia que ſin exemplo podia admitir algun laxamiẽto à la prohibicion. Tan cerrada eſtuvo la puerta à las diſpenſaciones, cuyo vſo, como impoſsible, ni aun por el nombre ſe ſabia.

29 Aſsi fueron ſeparados, el ſeñor Rey Don Alonſo de Leon, y la ſeñora Reyna Doña Berenguela, abuelos del ſeñor Rey Don Alonſo el Sabio, aunque tenian hijos de aquel matrimonio; y como de contrahido nulamente, ſe mandaron reſtituir los bienes dotales en la deciſion canonica del *Cap. Et ſi neceſſe,* 5. *de donat. inter. vbi* Barboſ. *num.* 2. refiere que el caſo de eſta Decretal fue por eſtos ſeñores Reyes, y refiere à Franciſco de Rades y Andrada *en la Chronica de las Tres Ordenes, tit. de la de Santiago, cap.* 12. *verſ. El Rey de Caſtilla, fol.* 21. Lo miſmo refieren D. Gonçal. *in d. cap.* 5. *&* D. Ramos *ad leg. Papias, lib.* 2. *cap.* 19.

30 Lo miſmo ſucediò con el miſmo ſeñor Rey Don Alonſo, y la Reyna Doña Tereſa, obligandolos à la ſeparacion con cenſu-

censuras, como deste, y otros casos haze mencion Garibay, 2. part. *lib.* 2. *cap.* 37. 40. *&* 52. *& lib.* 13. *cap.* 19. *&* 28. *& lib.* 18. *cap.* 10. Marian. *lib.* 11. *cap.* 21. *&* 23. Oderic. Raynald. post Baron. *tit.* 13. *al año* 1198. *num.* 33. *& seq.* D. Ramos, *d. cap.* 19. Y despues del señor Rey Don Alonso el Sabio, se continuò la misma imposibilidad, no auiendo podido alcançar el señor Rey Don Sancho su hijo dispensacion para legitimar el matrimonio que de hecho auia contrahido con la Reyna Doña Maria, Marian. *lib.* 14. *cap.* 10. Y despues de su muerte legitimò Bonifacio VIII. Marian. *lib.* 15. *cap.* 5. Y la primera dispensacion que se halla muchos años despues del señor Rey D. Alonso el Sabio, es la de Clemente Quinto, concedida à Don Iayme de Aragon, para casar con la Infanta Leonor de Castilla, afirmando su Santidad ser aquella la primera vez que la Sede Apostolica dispensò en la prohibicion, Zurita, *lib.* 5. *cap.* 76. *& plur.* D. Larr. *decis.* 8. *ex num.* 20.

31 De aqui es, que despues que se viò posible por medio de la dispensacion el casamiento con parientes, se regulò la condicion de casarse por las demàs reglas, que disponen, que aunque la condicion sea de suma dificultad, se ha de cumplir, separando la condicion dificil de la imposible, ex *L. Continuus* 137. *§. Illud de verbor. oblig. l.* 4. *§.* 1. *de statu liber.* En terminos P. Sanch. *lib.* 5. *disp.* 5. *num.* 12. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 12. Castill. *lib.* 3. *cap.* 7. Donde explica la ley de Partida, y solo dexa su obseruancia en el grado de consanguinidad, que no se puede dispensar. Y esta es la comun opinion de los Doctores, y asi es la practica de los Tribunales, que han sentenciado los pleytos en esta conformidad, como se deduce del mismo Castillo, y de los Doctores referidos arriba, de la validacion desta condicion: y se vee por experiencia de lo determinado por la Chancilleria de Valladolid en otro caso semejante, en que huvo tres sentencias conformes, vt refert Acebed. *cons.* 4. y las dos executorias deste pleyto, vna de tenuta, y otra en la propriedad.

32 Desta misma doctrina se quiere sacar el segundo motiuo de la nulidad desta condicion, porque por el Concilio Trident. *sess.* 24. *de reform. cap.* 5. se prohibe que se dispense el segundo grado de parentesco, sino es entre grandes Principes, y por causa publica; y siendo esta condicion de matrimonio entre tio, y sobrina, que *ad minus* contiene este grado de consanguinidad, se debe reputar por imposible, y como tal la considerò D. Molin.

lin. *lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 12. Pero aunque esta disposicion se quisiesse tomar con sumo rigor, lo cierto es, que el caso de la permission del Concilio es este. Porque aunque algunos quisieron dezir, que los Principes, de que habla el Concilio son los hombres abundantes de bienes de fortuna, la conclusion cierta es, que solo se entiende de los nobles, y personas ilustres que gozan de algun Titulo, ù Baronia, vt benè considerat P. Sanch. *lib.* 8. *disp.* 19. *num.* 2.

33 Y aunque esto no fuesse assi, el mismo D. Molin. reconociendo, que tales dispensaciones se obtenian, se corrigiò en las anotaciones, y en ellas, *num.* 11. & 12. queda en que esta condicion es valida, porque tal precepto de casarse lleva la tacita condicion consigo, *si Papa dispensaverit*, y su Santidad dispensa este grado. Y esta es la comun opinion de los D.D. quam sequuntur P. Molin. *tract.* 2. *disp.* 613. *num.* 2. P. Sanchez, *lib.* 5. *disp.* 5. *num.* 19. D. Iuan del Castillo, *lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 49. Basil. Ponc. *de matrim. lib.* 3. *cap.* 15. Molfes. *post comment. ad consuet. Neapolit. consil.* 12. *num.* 13. *tom.* 1. Fontanel. *de pact. claus.* 6. *gloss.* 3. *part.* 4. *à num.* 54. Marinis, *lib.* 1. *resol. forens. cap.* 244. Escobar *de purit. & nobilit. proband. quæst.* 4. §. 7. *à num.* 74. Cutell. *de donat. contempl. matr. tract.* 2. *discurs.* 1. *special.* 6. *num.* 35. D. Cresp. *observ.* 91. *num.* 54. Gutierr. *consi.* 18. *num.* 19.

34 Ha querido poner duda en conclusion tan assentada el Adicionador de Roxas *de incompatib.* 3. *part. cap.* 5. *à num.* 7. donde conviene con ella; pero en el *num.* 9. dixo: *Conditionem nubendi cum ea, quæ in primo cum secundo gradu mihi coniungitur, semper, & omninò esse reijciendam*; y cita para ello *cap. Quod dilectio de consanguin. & affinit.* vna declaracion de Cardenales *ad Concil. sess.* 24. *de reform. cap.* 5. *vers. In secundo gradu*: Otra *decis. Rotæ*, 3. *part. divers. decis.* 746. y al P. Thom. Sanch. *de matrim. lib.* 5. *disp.* 5. *num.* 2.

35 Para entrar en desprecio deste lugar, basta tener presentes tres cosas: la primera, aver sido Abogado contrario en este pleyto en la instancia de revista, y averlo defendido publicamente en los Estrados de la Audiencia de la Chancilleria: la segunda, que en el *num.* 10. siguiente dize, que se puede dispensar el grado primero transversal de hermano, y hermana, *Et de matrimonio inter fratrem, & sororem, an possit dispensari*, affirmant Leander, Caramuel, Diana, y otros, Basil. Ponc. *lib.* 7. *cap.*

32.

32. *in fin.* que pone causas para tal dispensa con el Rey nuestro señor; luego mucho mejor se dispensarà entre tio, y sobrina: la tercera, que cada dia avrà visto por experiencia dispensarse este grado, no solo entre Grandes, y Señores, sino entre personas particulares. Y en este pleyto, *Memor.num.* 200. de la probança contraria consta, que en las mismas Islas està casado D. Christoval de Ynterian con sobrina suya, aviendo obtenido dispensa para ello; con que se reconoce aver escrito con la passion de Abogado, sin conocimiento de la verdad de la proposicion, aviendola trasladado ciegamente del papel de Don Iuan Quixano, que escriviò en el pleyto de tenuta, donde *num.* 33. puso los mismos lugares; y bastava estàr reprobada tal conclusion por vna executoria, para no escrivirla.

36 Pero por què se ponderarà en los papeles de Doña Francisca, se haze manifiesta su incertidumbre; viendo los mismos lugares que se citan: Pues el *cap. Quod dilectio de consanguinit. & affinitat.* no es del caso. La declaracion de Cardenales està apud me, *lib. 3. cap. 4. litt. F. vers. In secundo gradu*, y de ella parece que este grado se dispensa. En la decision de Rota 46. *3. part. divers.* se dudò, si el grado primero con segundo de consanguinidad era prohibido *iure divino*, como comprehendido *in cap.* 18. *Levitic.* y no se resolviò cosa alguna. P. Sanchez, *dict. lib. 5. disp. 5. num.* 2. dize: Que la condicion de casarse con persona que tenga impedimento, que nunca el Papa ha dispensado, *Vt in primo gradu transversali, es nulla*, y se remite al *num.* 12. donde dize: Que es valida quando el Papa suele conceder dispensa, aunque sea con grandissima dificultad.

37 Y lo cierto en este punto es, que el grado prohibido en el Levitico, no es del tio con sobrina, sino el de sobrino con tia; y que *apud nos* es heretica la proposicion de que vno, y otro es prohibido *à iure Divino*; por aver cessado aquella ley, y no aver tal prohibicion por la Evangelica, *Vt probatur ex præfation. quæst. 1. caus. 35.* ibi: *Nullo autem Evangelij præcepto, vel Apostolico instituto, consanguineorum coniunctiones prohibitæ inveniuntur.* P. Sanchez *ex pluribi lib. 7. disp. 52. num. 4.* Basil. Ponc. *lib. 7. cap. 31. num. 2.* Y assi, hablando de estos grados del Levitico el Concil. Trident. *sess. 24. de matrim. Canon. 3.* dize: *Si quis dixerit, non posse Ecclesiam in nonnullis illorum dispensare, anathema sit*, Sanchez, *lib. 8. disp. 6. num. 10. & lib. 7. disp. 53.* Basil. *lib. 8. cap. 2. num. 16.*

38 El grado primero, que es contra padre, è hija, como impedimento *de iure naturali*, no se puede dispensar, P. Sanchez, *lib. 7. disp. 51.* el primer grado en linea transversal, que es entre hermano, y hermana, ay duda entre los Autores, si sea natural, ò sugeto à dispensa, en que el P. Basil. *dict. lib. 7. cap. 32.* lleva ser dispensable, pero dict. P. Sanchez, *disp. 52. à num. 9.* tiene por mas probable lo contrario. Y todos afirman, que fuera deste grado *en linea transversal* pueda el Papa dispensar.

39 De aqui es consiguiente, que el grado del tio con la sobrina, que es segundo con primero, se dispensa; porque no es prihibido *à iure naturæ*; pues Abrahan, y Nachor, se casaron con sus sobrinas Sara, y Melcha, hijas de su hermano Aràn, *Genes. cap. 11.* ex D. Augustino, & alijs P. Sanchez, *dict. lib. 7. disp. 52. num. 14.* ni es este grado comprehendido en el Levitico, *vt supra dixi*, y asi dict. Sanchez, *num. 11. vers. 9.* dize, que con grande facilidad se dispensa este grado, y el de la tia con sobrino, ibi: *Nono, quia Tridentinum sess. 24. de matrim. cap. 5. in fine decidit vt cum magnis Principibus ob publicam causam, dispensetur in secundo gradu consanguinitatis: ac passim videmus Pontificias in illo dispensationes in linea æquali, & in æquali, vt inter patruum, vel auunclum cum nepte, & inter amitam, & materteram cum nepote* 10. *Quia in sanctissima familia Tarè, patris Abrahæ, Nacor duxit Melcham filiam Aran fratris sui. Genes. 11. & Abraham duxit Saram filiam sui fratres Aram.*

40 La razon es clara, porque el tio con la sobrina està *verè in secundo gradu*; y el estarlo en primero es con su padre; pues es cierto, que los contrahientes estàn en el grado, que el vno de ellos distasse mas del estipite comun, *cap. fin. de consanguin. & affinit.* y es puntual en este caso P. Sanchez, *lib. 7. disp. 50. num. 6.* donde dize, que el tio con la sobrina està en segundo grado: Y es decision formal la del *cap. fin. de consang. & affin.* donde se determina, que si el varon por vna linea està en quarto grado, respecto del estipite, y la muger en quinto, *licitè possunt matrimonialiter copulari.* P. Sanchez, *lib. 7. disp. 53. à num. 4.* Y asi hablando los DD. de tios, y sobrinas, dizen que solo distan *in secundo gradu*; porque el primero no es con ellas, sino con su padre. P. Sanchez, *dict. lib. 7. disp. 50. num. 6. & disp. 52. num. 11. vers. Nono*, Basil. *lib. 7. cap. 32. num. 1.*

41 En el caso deste pleyto tiene menos duda; y dificultad, por-

porque es causa de dispensar en este grado la consideracion de la nobleza, y sangre destos contrahientes, y que su riqueza no passasse à otra familia, la qual se tuvo por tan vrgente en el tiempo de Gregorio XIII. quien dispensò que la Condesa de Santa Gadea se casasse con su tio, hermano de su padre, aunque este avia estado casado primero con hermana de la misma Condesa, *vt testatur* P. Sanchez, *lib. 8. disp. 19. num. 30. & 31.* Riccio, *decis. Curiæ Archiepisc. Neap. 50.* vbi plures Mar. Cutell. *de donat. tract. 2. disc. 1. special. 6. num. 35.* Y en este pleyto se añadia la causa de averlo mandado assi el fundador del Mayorazgo. Por cuyos motivos la Santidad de Inocencio XI. que no fue facil en hazer estas gracias, la huviera concedido, porque la dificultad naciò de falta de causa, y aviendola, era concession de justicia, à que nunca se negò. Mas lo cierto es, que en tiempo de su antecessor se debiò hazer esta instancias, pues Inocencio XI. ocupò la Silla en el año de 78. y en el de 75. y 76. se debiò impetrar la dispensa.

42 Quiere tambien arguir de nula la condicion, por la desigualdad en la edad, y achaques de Don Christoval, valiendose de la *l. Cum ita 63. §. 1. de condict. & demonstr.* pero la misma ley nos saca de duda, ibi: *Si verò indignus sit nuptijs eius iste Titius, dicendum est, posse beneficio legis cuilibet nubere.* La indignidad del varon se toma de la disparidad de sangre, y calidad de la muger, y de la costumbre de la Provincia; porque siendo el matrimonio causa de nota en las familias segun la costumbre de la Region, donde se contrahe, entõces se considera indignidad en la persona, *ex l. 2. tit. de los casamientos, lib. 3. for.* Costa *in l. Cum tale, §. Si arbitratu ampliat. 3. in initio, & limitat. 2. num. 2. & limitat. 6. num. 16.* Tello Fernandez, *in l. 30. num. 9. & cum alijs,* P. Sanchez, *lib. 4. disp. 26. num. 24.* D. Covarrub. *in. 4. Decretal. 2. part. cap. 3. §. 8. num. 7.* Mieres *1. part. quæst. 50. à num. 87. & quæst. 51. à num. 17.* Palacios Rubio *in repet. cap. Per vesteas de donat. inter. comentando las palabras del texto, dictus R. exceptionem apposuit, §. 7. num. 12. fol. mihi 355.* Petr. Surd. *de aliment. tit. 1. quæst. 6. num. 21. & 22.* Fontanel. *de pact. claus. 5. gloss. 1. part. 1. à num. 91. & claus. 6. gloss. 3. part. 4. à num. 25.* Mar. Cutell. *tract. 2. de donat. discurs. 1. special. 6. num. 31.*

Segunda causa de la nulidad de la Condiciõ

43 Esta question se disputa en el caso de denegar la legitima, ò dote à las hijas que se casan contra la voluntad de sus padres, no en el de estàr gravadas à casarse con cierta persona; y sin em-

embargo, aunque estos Autores tratan menudamente las causas de indignidad del marido, no se acuerdan del excesso de la edad, que pueda ser causa de indignidad; solo algunos Consulentes la mencionaron, defendiendo à los padres, como son Paris. *cons*. 39. *volum*. 3. *num*. 23. que hablò en disparidad de 25. años. Y en la misma Mastrill. *decis*. 163. *num*. 8. Y Narbon. *de ætat. anno* 30. *quæst*. 10. *num*. 24. Y Menoch. *cons*. 1083. *num*. 19. *vers. Septimo*, que hablò en disparidad de 24. cuyas autoridades no son del punto; ya porque no hablan en el caso de estar grauada la muger de casar con cierta persona; ya porque, como consta de los autos, quando muriò el fundador, que fue en Septiembre de el año de 74. Memor. *fol*. 5. *num*. 8. tenia Doña Francisca diez y ocho años y medio, por auer nacido en 23. de Febrero de 656. y Don Christoual quarenta, por auer nacido en 26. de Nouiembre de 634. como parece de las fees de Bautismo, auiendo excesso solo de veinte y vn años, que no excluyen los Doctores; siendo edad muy proporcionada para el matrimonio la de quarenta años en el varon, y diez y nueue en la hembra, por ser la mas perfecta en entrambos para la procreacion, y duracion della; y muy conueniente que el marido exceda en edad à la muger, Tiraquel. *de leg. connubial. lib*. 6. *à num*. 30. Y debiendo ser Iuez deste punto la costumbre del Reyno, como lo aduierten los Autores, quien dudarà que en personas desta calidad es muy proporcionada la edad, sin que della se cause indignidad en el matrimonio.

44 Pero aun en estos terminos, las decisiones fueron contra tal indignidad, como lo aduierte Don Garcia Mastril. *d. decis*. 163. en que se alegò, para no dotar el padre à la hija, excesso en la edad del marido, mucha pobreza, y malas costumbres, viuiendo con su amiga en su propria casa. Y se desestimò todo ello, y se mandò se le diesse el dote ex *num*. 22. & 24. y refiere otra decision de D. Iuan Francisco del Castillo, y Antonio Fabro in *C. lib*. 5. *tit*. 2. *diffinit*. 2. *in fin*. ibi: *Planè ex ea causa poterit pater filium exhæredare: sed ita demùm si eam vxorem filius duxerit, quæ sit ignominiosa, & dedecori patri, non aliter*. Y escriuiendo con circunspeccion Basil. *lib*. 7. *de matrimon. cap*. 31. *num* 6. *vers. Quod*, lo nota con desprecio, ibi: *Quod autem sexagenarius nubat viginti annos habenti, quid obstat? Quod eiusmodi coniugia videmus iniri quotidie sine culpa vlla*.

45 Solo pudiera ser del caso Capic. Latr. *cons*. 72. por hablar

blar de legado dexado à Doña Leonor Iesualda, con grauamen de casarse con persona incierta, aunque de cierta familia: y *num.* 43. puso por consideracion el excesso de edad, ibi: *Erit etiam, & alia consideratio circa ætatem, cum D. Eleonora non sit, nisi annorum viginti in circa, & Aloysius annorum quinquaginta & plus.* Pero este excesso es de mas de treinta años, y el mismo dixo *num.* 44. que el de veinte no era causa de indignidad. Y sin embargo, tal causa no la puso por fundamento, sino por consideracion: *Erit etiam, & alia consideratio*: Y el principal motiuo para la nulidad del grauamen, le puso à *num.* 47. por ser contra buenas costumbres en las personas de ambos este grauamen, por auer viuido el vno siempre en habito Eclesiastico, y la otra en Religion, en que queria professar; pero no duda que si se casasse con otro, perdia el legado, *vt num.* 52. ibi: *Insuper prædicta procederent, quando D. Eleonora alio, quàm vocato, nupsisset, vel nubere vellet*, que es terminante à nuestro fauor; y en este pleyto no huvo determinacion, *vt constat ex d. consult. in fin.* El lugar que ay en terminos, es de Mar. Cutel. *tract.* 2. *de donat. discurs.* 1. *special.* 6. *num.* 31. que habla de donacion hecha con calidad de casarse con cierta persona; y dize que solo es nula, *Quando adijcitur cum vili, & abiecta persona.*

46 Y en quanto à la enfermedad de gota de Don Christoual, no ay Autor de todos los que lleuamos notado, que la ponga por causa de indignidad del matrimonio, Menoch. *cons.* 425. juntò muchas causas, y entre ellas la de la enfermedad; mas aun este tampoco es del caso, porque en el consejo de Menochio no se señalò cierta persona con quien se huviesse de casar la grauada, como en este; pues ay mucha diferencia de quando el grauamen es de casarse *cum certo genere personarum*, ò con cierta, y determinada persona. En el primer caso puede proceder, que no aya obligacion à cumplir el grauamen, auiendo disparidad en la sangre, ò si es sumamente pobre, ù de costumbres perniciosas; pero no en el segundo, auiendo el testador determinado cierta persona, cuya desigualdad, ò la desestimò, ò no considerò que lo fuesse, y assi debe præcisè cumplir la condicion, Costa *in leg. Cum tale, §. Si arbitratu, de condit. & demonst.* Cabed. *decis.* 31. *num.* 17. & 20. *part.* 2. Capic. Latr. *d. consult.* 72. *à num.* 40. Cardin. de Luc. *de testament. discurs.* 73. *num.* 40. *vers. Prout etiam respectu ætatis.* Y finalmente, con estas calidades la combidò à la sucesion el fundador, y no de otra manera.

P Sin

47 Sin que pueda seruir de escusa la indecēcia que tambien alega, de entregarse à los peligros de vna embarcacion, sin padre, ni hermano que la acompañasse, viniendo à esta Corte à buscar al marido, cosa indecente à su calidad, y sexo. Pero este obice, y escusa es afectada; porque la condicion que se le puso, no fue esta, sino que casasse con su tio Don Christoual, lo qual se executaba desposandose por poderes, y se cumplia exactamēte la condicion cō esto, sin q̄ se necessitasse para ello de la traduccion *in domū mariti*, ò consumacion del matrimonio, *L. Cui fuerit, 11. ff. de cond. & demonstr.* Anton. Gom. *in leg. 50. Taur. n. 29. in medio*; Mantic. *de coniect. lib. 11. tit. 18. num. 18.* y siendo esto facil, aunque la consumacion fuesse impossible, debe el grauado cumplir la condicion por su parte en lo possible, Fussar. *de substit. q. 454. num. 34.* Mantic. *de coniect. lib. 11. tit. 16. num. 12.* especialmente auiendo sido el fin del fundador, que este matrimonio se contraxesse, en cuyo caso no se atiende al modo de cumplir la condicion, sino al efecto; *leg. 3. C. de instit. & substit. & cum plurib.* Simon de Præt. *lib. 1. de interpr. vltim. voluntat. fol. 14. num. 36.* Flamin. Cartar. *decis. 69. à num. 12.*

48 Y quando el Marquès grauasse à Doña Francisca, que viniesse à esta Corte (que no hizo) debia cumplir la condicion; maxime no siendo su hija, ni heredera precisa. Y aun en este caso aprobò tal condicion la *L. Suus quoque 4. §. 1. de hæred. instit.* donde se habla de la condicion puesta al heredero, *Si Alexandriam peruenerit*; con cuya ocasion Paul. Castrens. *in l. 1. C. de instit. & subst. num. 7. in fine*, trata de la condicion; *Si nauigauerit vsque Venetias*; y dize: *Reputatur potius potestatiua, vt filia possit sub ea institui*, Mantic. *de coniectur. lib. 1. tit. 5. n. 3.* què serà en los estraños, à quien no ay obligacion de dexarles cosa alguna?

49 De que nace que por ningun motiuo se puede dezir de nulidad contra tal condicion, siendo las escusas, y objeciones afectadas, y solo de ocasion para molestar la paciencia de los señores Iuezes con lo mucho que, sin fruto, por esta causa se escriue por las partes.

RES-

RESPONDESE AL SEGVNDO FVNDAMENTO *de Doña Francisca, en que pretende no auer tenido obligacion à cumplir la condicion, aunque fuesse valida.*

50 QVedando assegurado por todo lo que queda dicho, que la condicion de casarse con su tio, impuesta à Doña Francisca, fue valida, se quiere negar la obligacion de su cumplimiento por quatro causas. La primera, por dezirse que no se impuso esta condicion, y grauamen à Doña Francisca, sino à su madre Doña Iuana de Aluarado, y Don Christoual su hermano. La segunda, porque no se la hizo requirimiento para que se casasse. La tercera, porque no quiso Don Christoual casarse. La quarta, porque luego que falleciò el fundador, se puso pleyto à Doña Francisca sobre este Estado: à que irèmos respondiendo por parrafos.

§. I.

QVE ESTA CONDICION SE IMPVSO *à Doña Francisca, y no à otro.*

51 EL Fundamento de todas las partes consiste en la clausula de la fundacion, Memor. *fol.* 4. B. y *fol.* 5. en que el Marquès de Azialcazar instituye el Mayorazgo en Doña Francisca, y sus descendientes, y llama à otros despues dellos, y dize: *Y porque Don Christoual de Aluarado es hermano de la dicha Doña Iuana de Aluarado Grimon, mi sobrina; le mando que se case con la dicha Doña Francisca mi sobrina; y assi mando à la dicha Doña Iuana, que precisamente, luego, sin dilacion, y que no passe de vn año, efectùe dicho casamiento, por ser assi mi voluntad, porque quede vnido la calidad, y conseruacion de la Casa.* Y cierra la clausula: *Y si la dicha Doña Francisca no quisiere casarse con el dicho Don Christoual, mando que en tal caso passe este Titulo, y manda à su hermana Doña Florencia, sin carga ninguna, sino lisa, y llanamente.*

52 Aunque el fundador entra con la palabra *Mando*, hablando con Don Christoual, y su hermana, no se puede dudar, que respecto dellos no ay, ni puede auer grauamen: Porque poniendose estas clausulas en la fundacion del Mayorazgo, que se dexa à Doña Francisca, y no siendo llamados à èl Doña Iuana

su madre, y Don Christoual su hermano, no pudo consistir en ellos grauamen, ni condicion alguna; porque *Qui non est honoratus, nec potest esse grauatus, l. Ab eo, C. de fideicommis.* Y lo que fue, y en que se resuelve la palabra *Mando*, es en consejo, y no otra cosa, como se reconoce de lo mismo que se les encargaba, y de que esto es regular en derecho, ex *Leg. Cum pater, 77. §. Mando filiæ meæ, ff. de legat.* 2. donde el mandar, y aun con imperio, por ser à hija, solo fue consejo, y no grauamen, ibi: *Obtentu consilij.*

53 Y aunque Don Christoual auia de gozar del Mayorazgo por medio del matrimonio, hasta auerse contrahido, no pudo ser grauado, porque no estaba substituìdo en caso que Doña Francisca no se casasse con èl; pues cumpliendo con el grauamen, no hazia nada, si Doña Francisca no queria casarse. Y assi, venia à sentir grauamen sin vtilidad, que es impossible, ex *dict. leg. Cum ab eo, C. de fideicommis.* Demàs que Don Christoual cumpliò estando prompto à casarse, como se dirà despues.

54 Pero esto no es la dificultad, sino si Doña Francisca es la grauada, ò quiso el testador grauarla: y segun la *L. Ab eo, C. de fideicommis.* siendo esta la llamada al Mayorazgo, no admite duda que es la obligada à cumplir el grauamen. Hazese llano, y sin dificultad, atendiendo à que mandò el Marquès à su sobrina Doña Iuana, y Don Christoual, executassen este matrimonio, y cierra la clausula: *Y si la dicha Doña Francisca no quisiere casarse con el dicho Don Christoual, mando que en tal caso passe este Titulo, y manda à su hermana Doña Florencia.* Lo qual es recaer todo el grauamen referido en la clausula sobre Doña Francisca; y si no fuera assi, no era dable quitarla el Mayorazgo, no auiendola impuesto grauamen, ni condicion alguna.

55 Esfuerçase esto mismo con lo que lleuamos arriba referido, y fundado, que quitando à Doña Francisca el legado, no casandose con su tio, se entiende dado el llamamiento con la cōdicion contraria, que es, si se casasse con su tio, ex *Leg. Legatum purè de adim. legat. & leg. Aliquando, ff. de condition. & demonstr.* Y lo demàs que diximos: con que en su principio fue el llamamiento de Doña Francisca condicional, y sugeto à este grauamen, *vt diximus supra.*

56 De aqui nace la resolucion de otra duda, que ha incidido en este pleyto; y cada vna de las partes ha querido encargar à la otra la obligacion de impetrar la dispensacion, oponiendo Do-

ña Francisca, que su tio Don Christoual no la pidiò; siendo constante, que solo Doña Francisca, como legataria, y successora en el Mayorazgo, que es la vtilizada, debio hazer las diligencias para ello, y no Don Christoual, à quien no se dexò el Mayorazgo, y quien perderia inutilmente el coste, no casandose Doña Francisca, P. Sanch. *lib. 5. disp. 5. num. 21. Incumbet autem legatario, seu maioratus successori grauato ad contrahendum cum consanguinea, si Pontifex dispensauerit, impetrare dispensationem, cum ipse teneatur implere conditionem, si vult legatum, vel maioratum, sicut ipsi incumberet quodcumque aliud onus legato adiectum subire.* En terminos de ser muger, y Ilustre la grauada, como Duquesa de Sentinaria, y con pariente en segundo grado, que es el mismo caso deste pleyto; lo asienta Moises. *cons. 12. à num. 20. post consuetud. Neapol. 1. tom.* Y la conclusion es comun, sin oposicion, Fontanel. *claus. 6. de pact. nupt. glos. 3. part. 4. num. 57.* que añade, que si no consiguiesse la dispensacion, auiendo hecho las diligencias possibles, cumpliò, Mieres, *1. part. quæst. 50. num. 70.* D. Molin. *lib. 2. cap. 13. num. 7.* Basil. Ponc. *de matrim. lib. 3. cap. 15. in fin.* Mar. Cutel. *de donat. tract. 2. discurs. 1. special. 6. num. 34.*

Doña Francisca tuvo obligaciō de pedir, y solicitar la dispensacion.

57 De aqui tambien nace la exclusion de lo que se ha alegado por Doña Francisca, que quando se casò con Don Esteuan; ya no auia tiempo para obtener la dispensa en el año señalado por el Marquès; y assi, no tuvo obligacion à sacarla, ni casarse con su tio, pues sin ella no se podia contraher el matrimonio.

58 Lo primero, porque la resistencia de Doña Francisca à este matrimonio, fue la causa del lapso del tiempo; y assi como si por su culpa se passara todo el año, sin hazer alguna diligencia en el cumplimiento de la condicion, ò grauamen, no la aprouechàra esta respuesta; assi tampoco, auiendose passado la parte mayor del año.

59 Lo segundo, que el año solo podia empezar desde el mes de Março del año de 665. en que està justificado por cartas, que tuvo Doña Francisca la noticia indiuidual de la disposicion de su tio; y auiendose casado Doña Francisca por el mes de Iunio de aquel año, restaba muy sobrado tiempo para obtener la dispensa, si estuviera de acuerdo en casarse con su tio.

60 Lo tercero, que no importaba que el matrimonio no se contraxesse en el año, pues huviesse auido culpa, ò no, en Doña Francisca, dexando passar el año, como la culpa solo consis-

tia en pura omission, y *res erat integra* para el cumplimiento de la condicion, competia à Doña Francisca, como à menor, la restitucion *in integrum adversus lapsum termini, vt infra dicemus.*

§. II.

QVE NO DEBIO REQVERIRSE A DOÑA Francisca para contraher el matrimonio, antes bien debiò ella requerir à Don Christoual para dicho matrimonio; y caso que se la debiesse requerir, se debe tener por hecho el requirimiento.

61 PAra entrar en la resolucion deste punto, se debe suponer, que Doña Francisca tuvo entera, y especifica noticia de la fundacion del Mayorazgo, y grauamen que se la avia impuesto de casarse con su tio; porque todos los testigos vàn conformes en aver sido publico, y notorio este gravamen en la Isla, que basta para su justificacion. Noguer. *allegat.* 33. *num.* 12. Y demàs de esto, los testigos deponen de ella, y se justifica la ciencia, y noticia por ellos, Casanat. *consil.* 39. *num.* 30. *&* 34. y aun por indicios, y congeturas. Noguer. *alleg.* 11. *num.* 137. Y de las pesadumbres que huvo entre madre, y hija sobre que cumpliesse con la disposicion del Marquès. Gracian. *discept.* 118. *à num.* 13. *&* *discept.* 124. *num.* 21. y de las instancias de Don Buenaventura Perez, y el Marquès de Villanueva del Prado, en que no solo la declaraban el gravamen, sino la instavan à su cumplimiento, *vt in Memor. fol.* 73. *in fin.* *y num.* 240. pues se prueba la ciencia del contenido del testamento, *quando quis certioratus est ab amicis ore tenus; vel per litteras.* Alex. *in leg. Qui Romæ,* §. *Duo fratres, ff. de verb. oblig. num.* 57. vbi Aretin. *num.* 26. & Iasson, *num.* 57. Roland. *cons.* 36. *lib.* 2. *num.* 6. *quos sequitur* Fussar, *quæst.* 595. *num.* 20.

62 Y finalmente se prueba por dos medios innegables: El primero, por aver dado Doña Francisca en seis de Março de 675. poder, juntamente con su madre al mismo Don Christoval, para poner cobro en la herencia del Marquès, à quienes dexò herederas por tercias partes; y sabiēdo dicha Doña Francisca q̄ era heredera del Marquès, se sigue la ciencia del Mayorazgo fundado en el mismo testamento, *ley.* 3. *Non est ferendus, qui generalitèr in his, quæ testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea censetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non*

etiam, quod posteriore legatum sit, ff. de transaction. refiere infinitos Fussàr. *quæst.* 595. *num.* 11. Gutierr. *de iuram.* 3. *part. cap.* 2. *num.* 12. Mier. 1. *part. quæst.* 51. *num.* 397. en terminos de averse dexado la Baronia de Valgornera à Angela, con gravamen de casarse *de consensu, & voluntate matris*, à quien tambien la dexò su padre por heredera; y para el caso dize Ramon, *cons.* 94. *num.* 19. ibi: *Nec iuvari potest nobilis Angela, allegando ignorantiam voluntatis paternæ: Nam quod attinet ad genericam prohibitionem in testamento scriptam, vt de matris consensu nuberet, satis demonstratur scientia, quod illius testamenti virtute, patris hæreditati se immiscuerit, præsumitur enim scivisse vniversa, quæ in eo continentur.* Maschard. *de probat. concl.* 45. *num.* 55. *Aldavin. cons.* 22. *&* 35.

63 El segundo, averse leìdo el testamento del Marquès en la Casa de la Gorbarana, quando vinieron de las honras, en presencia de Doña Iuana de Alvarado, Doña Francisca, y Doña Florencia su hermana, y otras muchas personas; de que contestan Andres de Arango, Sebastian Hernandez, Maria de Yragorri, Feli-pe Fernandez Cidrò, Maria de la Concepcion, y Clara Perez, q leyeron, y vieron leer el testamento en presencia de las susodichas, como parece de sus deposiciones, Memor. *num.* 208. *num.* 212. 242. 243. 244. y 246. y el Marquès de Villanueva del Prado, *num.* 256. *in fine*, y Don Buena Ventura Perez, y demàs testigos de Doña Florencia. Y con acto tan solemne, no se puede dudar de la ciencia, y individual noticia del gravamen. Honded. *cons.* 33. *num.* 30. *lib.* 1. Peregrin. *de fideicom. artic.* 52. *num.* 105. *& cum alijs pluribus*, Fussar. *de substitut. quæst.* 595. *num.* 75. Y teniendo noticia, como la tuvo de la disposicion, aun no era necessaria la solemnidad de este acto. Gutierrez *de iurament.* 3. *part. cap.* 2. *num.* 11. Mantica *de contract. lib.* 26. *titul.* 2. à *num.* 3.

64 Pero todo esto sobra, confessandolo la misma Doña Francisca, y deponiendolo sus testigos: Estos, porque el Licenciado Don Iuan de Herrera Llanos, presentado en contrario, *num.* 152. dize: *Que sabe, por aversela dicho Doña Francisca Viñas de Vergara, que sin embargo de no averla hecho judicialmente notoria la fundacion de dicho Mayorazgo, extrajudicialmente tenia noticia de ella.* La misma Doña Francisca, porque se disculpa, con dezir aver estado prompta à cumplir con la condicion, passando su tio à Islas, pero no por poderes, luego sabia el gravamen.

Este

65 Este medio, y los demàs que llevamos arriba apuntados, prueban la ciencia de este gravamen, como en el mismo caso la Baronia de Valgornera lo dize Ramon, *cons. 95. num. 125.* ibi: *Minus officit, quod prætenditur dictam nobilem Angelam non habuisse notitiam dictæ prohibitionis specificè, maximè vt posset facere eam cadere in pœnam privationis dictæ partis hæreditatis, quia iàm in alijs allegationibus fuit huic obiecto debitæ responsum, & in hac causa supplicationis fuit legitimè probata scientia ex propria oris confessione eiusdem nobilis Angelæ, qua nulla melior est probatio. Surd. consil. 483. num. 16. & scientia per famam quoque probatur. Monald. cons. 37. vol. 2. & inter simul habitantes præsumitur idem Monald. consil. 23. num. 12. & cons. 113. num. 8. vol. 2. Aldovin. consil. 22. num. 5. & cons. 35. num. 71. Gratian. discept. 796. num. 28. tom. 4. & cap. 118. tom. 1. & testes de auditu principalis plenè probant scientiam. Monald. cons. 5. num. 13. & cons. 6. vol. & scientia probatur coniecturis Costa consil. 74. num. 12. licèt aliud sit, scientiam esse præsumptam, & aliud probari præsumptionibus, Seraphin. dec. 1459. nec filia potest allegare ignorantiam facti paterni. D. Ludovis. dec. 82. num. 3. M. Muta decis. 41. num. 1. Farinac. decis. 74. num. 2. & decis. 533. num. 4.*

66 Supuesta esta ciencia, parece consiguiente que no fue necessario hazer requirimiento alguno à Doña Francisca en el caso de este pleyto, ya por lo que queda dicho, ya porque à Doña Francisca se la debe considerar en dos estados; vno, antes de casarse con Don Estevan; otro, despues de casada con èl: En el primero, quando ni cumplia, ni controvertia à la disposicion del fundador, si el successor del Mayorazgo la queria poner en mora, y que dentro de cierto tiempo cumpliesse con la voluntad, ò passado, perdiesse el Mayorazgo, distinguen los Doctores en el precepto, y gravamen impuesto *per viam condicionis*, ò *per viam modi*: En el primero, no se necessita de requirimiento: Pero si en el segundo, *ex Authent. hoc amplius, C. de fideicom.* D. Molin. *lib. 2. cap. 14. à num. 20.* Castill. *lib. 6. cap. 115. à num. 19.* Roxas *de incompatib. 3. part. cap. 1. num. 36.* con muchos que alli refieren con diferentes limitaciones de que abaxo se harà mencion; lo qual no es de el pleyto, por no ser este el caso, sino en el segundo de aver contravenido, y averse el posseedor positivè *contra præceptum testatoris*, en cuya especie incurre en la

pri-

privacion, sin que se necessite de requirimiento, como en el precepto de apellido, y Armas lo advierten Add. ad Molin. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 23. *vers. Si verò in vim modi in medio*, ibi: *Vlteriusque addimus eo ipso, quod modo contraventatur, vtendo alio nomine, aliaque arma, & nomen institutoris assumendo, ac deferendo ammitere maioratum ob modi transgressionem, & devolui ad vlterius vocatum; esto nulla admonitio præcesserit. Admonitionem verò solum dicerem necessariam, quando ille se haberet negativè, neque institutoris arma, neque aliqua alia assumendo, ac deferendo.* Fussar. *quæst.* 465.

67 Y en nuestro caso afirma lo mismo D. Iuan del Castill. *tom.* 6. *cap.* 127. *num.* 52. *vers. Sed adhuc in medio*, ibi: *Attamen si in eo præceptum consistat, quod denuo, sivè nunc impleri non potest, & scientia, atque malitia minoris intervenerit, qui cum certo sciret, aliquid à testatore fuisse statutum, aut prohibitum, ipse nihilominus neglexerit, & contraveniens voluntati testatoris, alteri, quam cui i lem volebat, atque expressit, nupserit; ita quod amplius restaurari, aut impleri volantas non valeat: tunc quidem ex sola scientia, & malitia, absque aliqua interpellatione, aut Iudicis monitione, videtur, quod privari debeat, nec in integrum restitutiò ei conce li possit.*

68 No solo es cierto no aver sido necessario hazer requirimiento à Doña Francisca, sino tambien lo es, que para casarse libremente con Don Estevan de Llatena, debi ò requerir formalmente à Don Christoval su tio, y explorar su voluntad, para que se casasse con ella, y en caso que este repugnasse el matrimonio, podria Doña Francisca casarse con Don Estevan sin perder su derecho, son textos puntuales, *leg. In testamento* 31. *ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Et Stichus nollet eam vxorem ducere, cum mulier parata esset nubere*, *leg.* 1. *C. de ijs quæ sub modo*, ibi: *Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum cui nubere iussa es*, *l.* 1. *C. de instit. & substit.* ibi: *Aut Anthylli filio recusante matrimonium impeditum fuerit*, *l.* 14. *tit.* 4. *part.* 6. *E el otro non quisiesse, estonce serà la muger heredera.* Y esto es lo que se debe observar, y guardar, estè, ò no, el gravamen puesto per viam modi, vel conditionis, y sea varon, ò hembra la gravada, vt ex dictis legibus, y es en terminos D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 14. ibi: *Hoc autem observandum erit,*

 quod

quod si maioratus successor paratus sit contrahere cum ea vxore, quam sibi eiusdem maioratus institutos accipiendam præcepit, eaque illius nuptias recuset, seu alij nubat; conditio habebitur pro impleta. Y en el fin, ibi: *Ideoque is, qui ex maioratus institutoris præcepto aliquam mulierem accipere adstrictus est, solet requirere illam, vt cum illo contrahat: illa autem id facere recusante, liberè cum qua voluerit, absque pœna privationis maioratus, contrahere poterit. Quod pluries, & consului, & observatum ab alijs vidi* Add. ibi. P. Sanchez, *lib.* 1. *disp.* 33. *num.* 19. & 20. P. Molin. *tract.* 2. *de iustit. & iur. disp.* 206. *in fin.* Mantic. *de coniect. lib.* 11. *tit.* 18. *num.* 37. Iuan Gutierr. *cap.* 20. *de matrim. num.* 18. Turret. *cons.* 67. *num.* 64. 70. & 71. Duran. *de condit. impossib. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 45.

69 En terminos mas estrechos son los dos consejos de Acebed. *cons.* 4. *num.* 47. y Ioan. Gutierr. *cons.* 17. *num.* 16. & 17. que escrivieron sobre vn mismo caso, como Abogados à favor de Gonçalo Almaraz, contra Doña Maria de Almaraz, à quienes en el año de 561. Diego Nuñez de Almaraz su tio les dexò por herederos en esta clausula que refiere Acebed. in principio: *Item dexo por mis herederos à Gonçalo de Almaraz, y à Doña Maria de Almaraz mi sobrina, y primo, y que se llamen de Almaraz, y mando que se casen entrambos à dos, y por el que quedare, que no quiera casarse con esta condicion, que lo herede el otro que quisiere esta condicion, y que se case con vn primo mio, ò sobrina.* Doña Maria de Almaraz se casò con otro, sin aver requerido à Gonçalo de Almaraz, por cuya causa se moviò pleyto, y pidiò Gonçalo se le declarase por heredero solo: Y aunque Doña Maria se defendia con que no se la avia requerido, y que era indecoroso que ella hiziesse el requirimiento, responde Acebed. *num.* 47. *in medio: Ista tamen Maria obligata, & adstricta erat implere conditionem, si hæreditatem volebat: & cum prius nupserit, requirere tenebatur Gundisaluum, quod non erat ei dedecus, nec inhonestum, vt probatum est in processu, neque eam tenebatur requirere Gundisaluus.*

70 Lo mismo dize Ioan. Gutierr. *dict. cons.* 17. *num.* 15. ibi: *Nec dict. Gundisaluus tenebatur requirere dict. Mariam, vt ei nubere vellet; quando ipsa nupsit primo alteri; sicque tenebatur prius requirere dict. Gundisaluum, an secum vellet contra-*

he-

here, vt impleret conditionem nubendi cum Gundisaluo sibi positam in institutione, & non Gundisaluus eam. Y *num.* 16. *Et quamvis Gundisaluus sub eadem conditione fuit hæres institutus, non tamen tenebatur dict. Mariam requirere; quia ipse non contrahebat matrimonium cum alia, nec illud contraxit, nisi post mortem dict. Mariæ.* Y en este pleyto huvo tres sentencias conformes del Ordinario, y Chancilleria de Valladolid à favor de esta parte, como lo asienta Iuan Gutierrez, *num.* 19. Acebed. *num.* 48. ibi: *Et sic non vna, sed tribus sententijs declaratum fuit, & præstita executoria ipsi Gundisalvo.* Si en el caso referido no debiò requerir Don Gonçalo Almaraz, sin embargo de estar substituido en la herencia dexada à Doña Maria, mucho menos serà necessaria la interpelacion à Doña Francisca, pues D. Christoval no estava substituido; y esta para el cumplimiento de la condicion, ò gravamen, queriendose casar, debiò requerirle; pues en la persona de èl avia de tener el cumplimiento, y mucho mas no estando llamado, para que es formal el texto; *in l.* 3. §. *Et si hæres* 8. *ff. de minorib.* Donde se instituyò por heredero à vn hijo de familias, con calidad de que su padre le emancipasse dentro de cien dias, y por aver de tener cumplimiento la condicion en la persona, y hecho del padre, que no tenia vtilidad; dize el texto, que el hijo le debiò requerir: *Et si hæres sit institutus, si à patre in diebus centum sit emancipatus: mox patrem debuerit certiorare.*

71 Sin que pueda servir del menor reparo, que sea indecoroso en la muger hazer tal requirimiento, por estàr satisfecho en los dos lugares de Acebedo, y Gutierrez, y leyes referidas al principio, que hablan en muger; y en este punto individual es bueno Cyriac. *contr.* 451. *à num.* 99. que distingue, quando el gravamen de casarse la muger es con varon cierto, debe requerirle, pero no quando *cum certo genere personarum*, como con el natural de Parma, ù de algun linage; por ser cosa indigna, que requiere à cada vno, siendo tantos, ù exponiendose à ser pregonada, por si era admitida de alguno.

72 El requirimiento, quando fuesse necessario, solo se podria hazer à Doña Francisca antes de casarse, para que tuviesse noticia del gravamen, y condicion impuesta; pero teniendo especifica noticia dèl por los medios que arriba vàn declarados, nunca

ca se necessitò de la interpelacion, *ex cap. Eum qui certus est, cer-*
tiorari ulterius non oportet 31. *de regul. iur. in* 6. *leg.* 1. *in fin.*
ff. de act. empt. Y para este caso es muy puntual la *Clem. Causam*
de electione; donde se dize, que se debe hazer in scriptis la notifi-
cacion de la apelacion al contrario; pero se limita si la apelacion
llegò à noticia de la otra parte. Gloss. *ibi.* & *benè* Felin. *in cap.*
Cum dilecti de rescript. num. 19. *vers. Limita primo*, latè Ioan.
Franc. Ponte, *cons.* 36. *à num.* 16. & *maximè à num.* 30. Y
assi es regla, que quando la interpelacion se dirige à noticiar
à la parte de lo que ya sabia, no se necessita de ella, *ex dict.*
cap. Eum qui, & *leg.* 1. *in fin. de act. empt.* Bartul. *in dict. leg.*
& *alijs passim.* Ponte *dict. cons.* 36. *num.* 33. Y no solo lo re-
ferido es cierto, sino que la denunciacion, ò interpelacion en
duda solo se requiere para noticiar, y certificar à la parte. Dyno
in dict. cap. Eum qui de regul. iur. & *cum alijs pluribus.* Pon-
te *dict. cons.* 36. *num.* 36. Con que aunque pudiesse servir el
requirimiento, sabiendo ya Doña Francisca el gravamen, no se
le debiò hazer.

73 En estos terminos escriviò Ramon, *vt supra diximus,*
cons. 94. & 95. y para aver contravenido la gravada, y ser pri-
vada de la Baronia, funda su derecho, *cons.* 94. *num.* 19. &
cons. 95. *num.* 125. en que Doña Angela sabia, y tenia noticia
de la prohibicion, y gravamen; y como se dixo, huvo executo-
ria en esta conformidad.

74 Sobre esta misma causa escriviò en contrario Fontanel.
de pact. nupt. claus. 6. *gloss.* 3. *part.* 5. Y llegando à este moti-
vo la interpelacion, quiso esforçar *à num.* 69. que se le debiò
hazer à Doña Angela requirimiento judicial. Y este lugar es el
que se cita, y alega en contrario; pero, ò no habla en nuestro
caso, ò su doctrina es incierta: Lo primero se funda en lo
que èl mismo advierte, *num.* 80. que Doña Angela no tenia
especifica ciencia del gravamen, porque al tiempo de leer el
testamento del padre, podia probarse, que entraba, y salia en
el aposento. Y en nuestro caso no ay esta circunstancia, y aun en
el suyo bastò la ciencia sin interpelacion, como responde à
Fontanela Ramon, *dict. cons.* 95. *num.* 126. ibi: *Cæterum quæ*
deducuntur à D. Fontanella num. 74. *aut procedunt in iudi-*
cialibus, aut sunt extra terminos casus nostri, in quo apparet
fi-

filiam confessam fuisse, se habuisse notitiam voluntatis paternæ, quæ, & de iure in ipsa præsumebatur, quæ iuris præsumptio vicem obtinet instrumenti interpellationis, & alterius cuiuscumque necessarij requisiti, quod aliàs posset desiderari.

75 Y finalmente, si Fontanela es de opinion contraria, la executoria fue à favor de la otra parte, que la pone à la letra Ramon *post dict. consil.* 95. *fol.* 821. que fue la sentencia de revista; y el mismo Fontan. *num.* 68. tambien lo confiessa; y assi importa poco que èl sintiesse lo contrario, quando la executoria reprobò su parecer.

76 De aqui se sigue quan en vano se dilata la parte de Doña Francisca, en querer fundar la precision del requirimiento con la doctrina arriba, *num.* referida, de averse de hazer quando el gravamen se puso *in vim modi*, pretendiendo tambien que el de este pleyto no se puso *in vim conditionis*; siendo assi, que esta doctrina no procede, precediendo ciencia del gravamen, ni en caso que el gravado aya contravenido *positivè* à la voluntad del fundador; y mucho menos en el gravamen de contraher matrimonio con cierta persona, pues casandose con ella, no solo no se debiò requerir à Doña Francisca, sino ella debiò hazer esta diligencia con su tio; y solo repugnando este el matrimonio, podia contraherle con Don Estevan, sin perder el Mayorazgo.

77 Pero caso que la doctrina de los Doctores viniesse à este pleyto, no dudan que quando el precepto de casarse con cierta persona se pone *in vim conditionis*, no se necessite de tal denunciacion, ò requirimiento; y solo le desean en caso que se ponga *in vim modi*, D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 14. *à num.* 20. Castill. *lib.* 6. *cap.* 115. *à num.* 19. Roxas *de incompat.* 3. *part. cap.* 1. *num.* 36. Y bolviendo los ojos al principio del Papel, se hallarà averse probado, que este gravamen se puso por condicion para el llamamiento de Doña Francisca, por aquellas palabras: *Y si la dicha Doña Francisca no quisiere casarse con el dicho Don Christoval, mando, que en tal caso passe este Titulo, y manda à su hermana Doña Florencia sin carga ninguna.* Cuya clausula haze el llamamiento, y disposicion condicional, como latamente fundamos *supr. à num.*

78 Pero quando fuesse modal, se debe distinguir si el grauamen modal *æquipollet conditioni, vel non?* *Si æquipollet conditioni*, entonces no se debe interpelar al grauado, de la misma suerte que si fuesse condicional su disposicion, como *in præcepto deferendi nomen, & arma referunt* Addent. ad D. Molin. *lib. 2. cap. 14. num. 23. benè* Paris. *cons. 19. à num. 180. lib. 2.* Pater Molin. *tract. 2. disp. 615. num. 3.* Y entonces se dize que este precepto, ò gravamen *æquipollet conditioni*, quando la causa final del llamamiento es el mismo gravamen, y cumplimiento dèl, Paris. *vbi suprà.* Y en tal caso, no se le debe interpelar, ni hazer amonestacion alguna al legatario, ù heredero. Ruin. *cons. 43. num. 9. & 10. lib. 2.* Cyriac. *contr. 239. num. 11.*

79 Y este precepto modal *non æquipollet conditioni*, sino que se queda en los meros terminos de precepto; y en tal caso tambien se subdistingue, ò tiene termino limitado, y prefinido por el fundador; y ay exclusion, y llamamiento de otro, ò el precepto es simple, sin tiempo, ni cierta pena. En el primero caso, de ninguna suerte se requiere interpelacion alguna, Bald. *in Authent. hoc amplius, C. de fideicommis.* Paul. de Castr. *consil. 292. num. 9. lib. 2.* que habla del precepto que tiene prefinicion de tiempo, y exclusion del heredero, ù legatario, en que no se requiere interpelacion, *L. Si cum præfinitione, ff. quando dies legati cedat. Quia dies interpellat pro homine, l. Ex filio, §. Filio, ff. de vulgar. l. fin. de pact. conuent.* Gozadin. *cons. 34. num. 7. vers. Nec obstat,* Que es en terminos, y refiere à Corneo, *cons. 99. volumin. 1. & cons. 250. volum. 4.* Socin. *cons. 133. volum. 1.* Crauet. *cons. 193. num. 4. benè* Fussar. *quæst. 582. num. 14. & seqq.* Petalc. *in l. Cum quidam, 24. num. 9. de legat. 2.* Simon de Præt. *lib. 5. de interpret. vltim. volunt. interpret. 2. dub. 2. num. 187.* Paul. Paris. *cons. 19. à num. 197. ad num 216. benè, & plures refert* Gratian. *discept. 307. à num. 15.*

80 En el segundo caso, si el precepto modal no tiene dia, y termino cierto, tambien se debe distinguir, ò el successor *habetur negatiuè* en quanto al cumplimiento del precepto, que es, no cumpliendole, pero no haziendo lo contrario de lo que el fundador mandò, como quando se le mandasse que traxesse ciertas Armas, y èl no traìa las señaladas, pero ni otras; entonces, co-

mo

mo solo auia pura omission, se requiere amonestacion, è interpelacion, para que tenga efecto la exclusion: mas si el grauado, ò successor *haberetur positiuè contra præceptum testatoris*; haziendo lo contrario de lo que se le mandò, como si auiendole puesto el grauamen de ciertas Armas, y apellido, el successor vsasse de otras, y no de las del fundador, entonces no se necessita interpelacion alguna, para que suceda el siguiente. Addent. ad Molin. *lib. 2. cap. 14. num. 23. vers. Si vero in vim modi in medio*, Fussar. *quæst.* 465. y en terminos Castill. *lib. 6. cap. 127. num. 52. vers. Sed adhuc in medio*.

81 De todas las distinciones referidas se reconoce que en este caso no ha sido necessario hazer requirimiento alguno à Doña Francisca para que casasse con su tio; porque como parece de lo fundado à *n.* este matrimonio se puso como condicion à la successión, y llamamiento de Doña Francisca, en cuyo caso sobra la interpelacion; pero aunque este grauamen fuesse solo *in vim modi, æquipollet conditioni*: y obra el mismo efecto, como tambien diximos supr. à *num.* Y caso que fuesse puro modo, separado de todo genero de condicion, auiendo exclusion con termino prefinido para el matrimonio, tampoco se requiere la monicion, ò interpelacion. Y mucho menos, quando *ex proposito, & cum perseuerantia* executò Doña Francisca lo contrario à lo dispuesto por el Marquès, no contentandose con no casarse con su tio, sino passando à casarse con Don Estevan de Llarena, que es contrario à la disposicion, è impossibilitandose de cumplirla, que son los casos en que nunca se requiere interpelacion. Pero què diriamos; si à Doña Francisca se le huviesse hecho requirimiento? Parece que echavamos la segur à toda la disputa. En los casos en que se necessita de requirimiento, basta que se haga extrajudicialmente; *Leg. Denuntiasse 17. ff. ad leg. iul. de adulter.* ibi: *Denuntiasse qualitèr accipiamus? Vtrùm ad Iudicem, an verò simplicitèr: ego, etsi non denuntiauit ad Iudicem, sufficere credo.* Y en el caso de euiccion, en que es necessaria la denunciacion al vendedor; *ex leg. 8. C. de euictionib. cum similib.* es tambien segura la regla de què la denunciacion se puede hazer judicial, ò extrajudicialmente, Anton. Gomez, *lib. 2. var. cap. 2. num. 39. vers. Sed pro concordia.* Aufrer. ad Cappell. *Tolosan. decis. 407. in fin.* Ant. Burg. *in cap. fin. de emp. &*

ven-

vendit. num. 2. verſ. Et nota. Scac. *de iudic. lib.* 1. *cap.* 30. *num.* 8. & 17. Leotard. *de vſur. quæſtion.* 81. *num.* 11. ibi: *Receptum tamen eſt, etiam extra iudicium, factam interpellationem ſufficere.* Y refiere muchas leyes, y Autores para ello, y *num.* 12. ibi: *Et poteſt hæc interpellatio fieri per epiſtolam, vel nuntium, & interpoſitas perſonas.* Y aſsi en nueſtro caſo, hablando del requirimiento, D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 18. D. Larr. *deciſ.* 59. *num.* 14. Roxas 3. *part. cap.* 1. *num.* 36. no dizen que el requirimiento aya de ſer judicial.

82 Teniendo preſente eſta doctrina, y atendiendo à lo que reſulta de los autos, no ſe puede dudar que Doña Franciſca, no vna, ſino muchas vezes, fue requerida para que cumplieſſe con el precepto del teſtador, aſsi por ſu madre, como por Don Buenauentura Perez, y el Marquès de Villanueua del Prado, quienes de orden de la madre la inſtaban à que caſaſſe con ſu tio, como parece de ſus depoſiciones, *num.* Y de las peſadumbres que huvo entre la madre, y la hija: y ſe cumple con el requirimiento, ſolo con auerla leido el teſtamento, como lo decide la *Clementin. cauſam, de electiõ.* donde ſe diſpone que la apelacion ſe debe intimar à la otra parte dentro de cierto tiempo, y el modo con que ſe cumple es vno de dos, ibi: *Porrecto videlicet ſibi ſub ſcriptura authentica, vel perlecto illius tenore, & copia modo conſimili (ſi petita fuerit) inde facta.* Y la Gloſſ. *verb. Vel perlecto,* dize: *Patet, quod primo caſu, cum porrigitur, non eſt legi neceſſe. Concordat. de appellat. appellatio. lib.* 6. & *illud Per deſignat integram lectionem, ſimile ff. de verb. ſignif. Vrbana, §. Pernoctare.* Y la miſma Gloſſ. *verb. Si petita,* ibi: *Si ergo non petitur, ſufficit legiſſe.* Y en todos los caſos en que es neceſſaria denunciacion, ò intimacion, baſta qualquiera deſtos modos para cumplir con ella, como lo decide por regla general *d. cap. Cauſam in fin. de electiõ.* ibi: *Idem quoque in alijs caſibus obſeruari volumus, in quibus requiritur intimatio facienda.* Y eſto, aunque in ſcriptis ſe debieſſe hazer la interpelacion. Felin. *in Cap. Cum dilecti, de reſcript. num.* 19. *verſ. Limita,* & *cum eis* Ioan. Franciſc. Pont. *conſ.* 36. *à num.* 16. & *maximè num.* 30.

83 Pues ſi à Doña Franciſca la requiriò, y amoneſtò ſu madre muchas vezes, que cumplieſſe la voluntad del fundador, y ca-

casasse con su tio Don Christoual, y se hizo la misma diligencia en repetidas ocasiones por Don Buenauentura Perez, y el Marquès de Villanueua del Prado, su yerno, y cuñado de dicha Doña Francisca: y demàs desto, se le leyò todo el testamento del fundador, y su contenido, en que no solo se la dexaba el Mayorazgo con la calidad, y condicion expressada; sino tambien la instituyò por heredera en la tercia parte de su herencia; y para para tomar possession della, diò poder à su tio Don Christoual de Aluarado, como se puede dezir, ni alegar que no se la hizo requirimiento? Si bien, los testigos solo deponen, no tener noticia de que se la requiriesse judicialmente, como si el requirimiento judicial fuesse necessario.

84 Para esto se quiere valer la otra parte del lugar de Fontanel. *clauf. 6. gloss. 3. part. 4. ex num.* 40. de donde quiere inferir que el requirimiento sea precisamente judicial, que quiso seguir Addit. ad Roxas, *3. part. cap.* 1. *num.* Pero este fue Abogado de la otra parte, y por esto su autoridad està tachada para este pleyto. Y la de Fontanela fue reprobada por la executoria de Cataluña, como està notado arriba ex Ramon, *consil.* 95. *in fin.* y *num.* 126. dixo que no era necessaria interpelacion, y assi mucho menos la judicial. Y sobre esto à vista de lo referido, por ser regla que la interpelacion, siendo necessaria, basta se haga extrajudicialmente.

85 Mas quando el requirimiento judicial fuesse preciso, se auia cumplido con esta obligacion, por dos medios. El primero, porque como consta del Memor. *fol.* 30. *num.* 63. se notificò à Doña Iuana, y Doña Francisca su hija la demanda de tenuta de Don Diego de Aluarado en 5. de Iulio de 675. en que pretendia este Estado; y auiendo sido esta citacion judicial, y sabiendo entonces precisamente que era llamada al Mayorazgo, con la calidad; sin embargo, se casò con Don Esteuan en 22. de Iulio; con que no puede dudarse que se la hizo denunciacion judicial, y que contrauino: Para que es puntual la *Clement. Caussam de electione.* citada suprà, *num.*

86 El segundo, porque basta que el obligado à requerir quiera hazer la diligencia, annque no se logre, por impedimento que pone aquel à quien se ha de hazer la intimacion, como si se escondiesse, ò hiziesse otra cosa semejante. D. Molin. *libr.* 2.

 cap.

cap. 13. *num.* 15. Gutierr. *de matrim. cap.* 20. *num.* 18. Y consta en estos autos que Doña Iuana de Aluarado, viendo la resolucion de su hija, de no darla gusto en casarse con su tio, y que estaba resuelta à executar el matrimonio con Don Esteuan de Llarena, diò peticion, como tutora de su hija Doña Florencia Viña, para que se requiriesse judicialmente à la dicha Doña Francisca su hija, si queria casarse, ò no, con el dicho Don Christoual: cuya peticion està à la letra, Memor. *num.* 296. *y* 297. y auiendo tenido noticia desto Don Esteuan de Llarena, solicitò por si, y por medio de Don Buenauentura Perez, que no se hiziesse dicho requirimiento, por las pesadumbres que podian resultar, dandola palabra de no poner pleyto sobre la succession del Mayorazgo, por estar informado de los Abogados, à quien auia comunicado este negocio, que le tocaba llanamente à dicha Doña Florencia.

87 Este hecho està justificado, y lo deponen Doña Iuana de Alvarado, y Don Buenauentura Perez, que fue el testigo de hecho proprio, Memor. *num.* 291. & 293. Y Fray Iuan Capistrano de oidas, y otros. Y lo que mas es, esto mismo se prueba concluyentemente en la probança de Doña Francisca, en el juizio de propriedad con las deposiciones de Mathias de Yragorri, y Don Francisco Fernandez de Lugo, *num.* 189. *y* 191. que lo dizen contestemente, aunque de oidas: y estos testigos contra producentem, hazen plena probança, especialmente estando examinados los dos à quien refieren las oidas, que son, Doña Iuana de Alvarado, y Don Buenauentura.

88 De que se sigue que el requirimiento se debe tener por hecho, pues de industria, y solicitud de las otras partes no se executò, estando determinada Doña Iuana à hazerle. Y aunque se dize que Don Esteuan de Llarena fue quien puso el impedimento, y no Doña Francisca, à quien se auia de hazer la intimacion, y que no la pudo perjudicar en materia tan graue, no embaraça este reparo; porque para que se entienda auer cumplido por aquel que debia requerir, basta que el impedimento proceda, ù de la persona requerida, ù de otro que tenia su voz, y la representaba, como en la condicion que se auia de cumplir en la persona del menor, y se puso el impedimento por el tutor, *L. Titia,* 34. *§. Si ea conditione, ff. de leg.* 2. ibi: *Si ea conditione liberto fideicommissum relictum est, ne à filijs eius recederet; & per tutores factum est, quominus conditionem impleret, iniquum*

est

est, enim, cum sit inculpatus emolumento fideicommisi carere. Y en la misma especie, *L. Cum pupillus, 78. de condit. & demonst.* dize: *Conditio impleta esse videtur.* D. Valenç. *cons. 55. à num.* 84. que trae muchas doctrinas à este fin. Y en estas condiciones mixtas Cyriac. *controu. 167. à num.* 18. Y aunque Don Esteuan no estaba casado, consta de los autos que estaba ajustado el matrimonio, y proximo à executarse. Por cuya causa, como dueño deste derecho, hizo las instancias que le parecieron decentes à Doña Francisca para que el requirimiento no se hiziesse.

89 Lo segundo, porque en esto no perjudicò en cosa alguna à Doña Francisca, pues esta solo podia tener derecho al Mayorazgo, casandose con su tio Don Christoual, pero contrahiendo el matrimonio con Don Esteuan, era el Mayorazgo de Doña Florencia. Pues si ya estaba tratado, y para hazerse el matrimonio con Don Esteuan, no perjudicaba à su muger en cosa alguna, solicitando que no se le hiziesse el requirimiento, y que por esto se tuviesse por hecho. Y à lo mas que puede estenderse la imaginacion del perjuizio, es, à que la priuò de que respondiesse que estaba prompta à casarse, passando su tio à Islas, y no por poderes, que es lo mismo que pretenden. Pero estando resuelta à casarse con Don Esteuan, como lo executò; y aunque no lo estuviera, no le aprouechaba esta respuesta, y la excluìa del Mayorazgo, como despues en su lugar se fundarà.

90 Y por esta misma causa tampoco es necessario el requirimiento, porque quando es notorio que no ha de aprouechar, no se necessita de su execucion, como en la denunciacion que se debe hazer al vendedor para que *teneatur de euictione*, la qual se suple, quando sin embargo della el pleyto se auia de perder, *L. Item si verberatum, §. Si seruus, ff. de rei vindicat. l. fin. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de iact. & cum alijs* Anton. Gomez, *lib. 2. var. cap. 2. num. 39. vers. Item etiam adde,* Ceuall. *quæst. 799.* Aufrer. *ad Cappellan. Tolosan. decis.* 407. Gutierr. *de iuram. 1. part. cap. 56. num. 12. & cap. 61. num. 19.* Barbos. *in leg. Venditor, de iudic. ex num. 69. & cum alijs pluribus*, Ayllon ad Gomez, *dict. num. 39. vers. Item etiam adde.*

91. Hizose reparo à la vista deste pleyto, que no auia inconueniente en hazer à Doña Francisca el requirimiento judicial, ni dello podrian originarse pesadumbres, como lo dize

Don

Don Buenauentura Perez. A que se responde, que basta se lo parecielle assi à las partes, aunque en realidad no huviesse inconueniente. Lo segundo, que si le auia, pues era muy grande, ò el responder Doña Francisca que no queria casarse con su tio; ò estando determinada à casarse con Don Esteuan, engañar à Don Christoual con la respuesta de que passando à Islas, se casaria con èl, sabiendose que estaba resuelta à lo contrario. Y mucho mas en la ocasion del requirimiento, en que estaba el matrimonio proximo à hazerse. Y segun la calidad de las personas, y parentesco con que estàn enlazadas, podrian resultar algunos inconuenientes, especialmente auiendo otras dependencias de marauedis entre ellos.

§. III.

En que se responde à lo que se alega, que Don Christoval de Alvarado no se quiso casar con Doña Francisca.

92 VAlese de este motivo, para que no le obligue el gravamen del fundador, y disculparse del matrimonio que contraxo con Don Estevan; *ex leg. 1. Cod. de instit. & subst. Non priùs eam hæredem existere, quam conditioni paruerit, aut Anthylli filio recusante, matrimonium impeditum fuerit, leg. in testamento, 31. ff. de condit. & demonstr. sed si vterque viveret, & Stichus nollet eam vxorem ducere, cum mulier parata esset nubere.*

93 Los textos referidos, y Autores, que tratan sobe esta materia, piden precissamente dos cosas, para que la muger adquiera el legado, y pueda casarse con quien quisiesse. La vna, que ella cumpla por su parte la condicion, y gravamen. La otra, que la persona expressada en la disposicion, recuse el matrimonio; y de esta suerte se puede casar libremente. Y aviendose casado Doña Francisca con Don Estevan, no le bastava para obstener que Don Christoval repugnasse este matrimonio, ni viniesse en èl, si no probasse claramente, que por su parte se àvia cumplido, y estadô prompta à cumplir; lo qual falta en este caso: porque como se prueba plenariamente *infrà à num. 121.* siempre resistiò este matrimonio, y gravamen de casarse con su tio. Y aun discurriendo con mas altura en el punto, no bastava que Doña Francisca de su parte cumpliesse, y que no huviesse querido casarse Don Christoval; porque quando el testador quiso el verdadero implemento del matrimonio para la succelsion del gravado, ò le diò cierto substituto en el caso contrario; la condicion no se tiene por cumplida, aunque no falte por el gravado, sino por aquel en quien se avia de cumplir, Dec. *in leg. 1. Cod. de instit. & subst. num. 5.* verb. *Et idem est contrà,* & verb. *Notandum, & in leg. Iure Civili, num. 3. de reg. iur.* Rota apud Farinac. *in Posthum. tom. 2. num. 8. & 9.* Y ambas circunstancias concurren en este negocio, en la succesion, y llamamiento de Doña Francisca, como parece de su condicion. Pero este discurso sobra, por ser cierto que Don Christoval estuvo prompto, y llano à casarse

con Doña Francisca; como parece de dos declaraciones suyas: Vna, el requirimiento que se le hizo por Don Diego Alvarado, para reconocer si con èl se avia de seguir el pleyto; el qual se le hizo en nueve de Septiembre del año de 675. antes de aver venido la noticia del matrimonio contraìdo con Don Estevan, en que declarò aver estado prompto à cumplir con la disposicion de su tio, y de casarse con Doña Francisca, *num.*235. y 236. Otra, la declaracion jurada, que se le mandò hazer por mandado del Consejo en el pleyto de Tenuta, en que *num.*230. declara, que estuvo prompto por su parte à dicho matrimonio; y assi se lo avia escrito à su hermana Doña Iuana.

94 Esta, *num.*216. refiere, y depone lo mismo, y ser cierto que su hermano la escriviò estava prompto à cumplir de su parte. Y Fray Nicolàs Conrado, *num.*220. y Don Buenaventura Perez, *num.*222. contestan en que vieron la carta, y que dezia estàr prompto de su parte à dicho matrimonio. Y lo que mas es, Doña Maria Vergara Grimon, madre de Don Christoval, y abuela de Doña Francisca, y Doña Florencia, dize, *num.*224. que en aquella ocasion la escriviò lo mismo dicho Don Christoval su hijo; y en otras se lo avia insignuado. Y cada vna de estas declaraciones prueba verdaderamente la verdad de este hecho: porque las personas son parientes igualmente de los litigantes; la materia propria de ser solo propalada entre ellos, grave, y de dificil, ò impossible restitucion, y el cariño igual entre todos; y assi no se puede creer, que la abuela, madre, y tio quisiessen quitar vn mayorazgo, y honor tan considerable à vna, por darsele à la otra, *ex leg.*11. *in fin.tit.*16.*part.*3. Farinac.*de testib. quæst.*54. *num.*205. y esta presumpcion es vehemente, que convence qualquier juizio, *leg. penult.*§.*Iulianus, ff quod fals.tutor. author.* Mier. 1.*part.quæst.*50. *num.*54.

95 Especialmente concurriendo dos circunstancias, que persuaden lo mismo. La primera, no constar en los autos por medio alguno, que la madre fuesse desigual en el afecto, y amor con ambas hijas, ni que à Doña Francisca la tuviesse odio, ù aversion, mas de el justo enojo que la causò en este matrimonio. La segunda, que no bastava esto, si la madre, el tio, y la abuela, no se confederavan à cosa tan estraña, y irregular de su nobleza, y personas.

Al

96 Al intento contrario quiso dar principio el Licenciado Iuan Correa, con lo que dize *num.*110. le passò con Don Christoval quando muriò el Marquès; en que quexandose de no averle dexado el mayorazgo, dezia, *què gentil manda* le avia dexado su tio en que se casasse con su sobrina; y que instandole en otras ocasiones à que cumpliesse con la voluntad del Marquès, le respondiò, que no fuesse cansado como el Padre Gentil, que le persuadia à lo mismo; à que contesta Maria Garcia, *num.*113. y otros testigos, de quienes Don Christoval dize, *num.*117. no conocerlos, ni aver visto estos sugetos, y ser contra la verdad sus deposiciones. Y mirando la del Padre Bartholomè Gentil, *num.*234. dize lo contrario, y que escriviò à Roma para la dispensacion de orden de Don Christoval; pero reparando en que el dicho Licenciado Iuan Correa era Agente de este pleyto por Doña Francisca, y indiciado de delito, porque se le relaxava al braço Seglar, y seria de los que habla Villarroel *Govierno Eclesiastico, part.*1. *quæst.*3. *art.*7. *num* 40. y que en este mismo negocio soliciò que se cometiesse vna maldad muy grave en favor de Doña Francisca, que se dirà *infrà num.* 102 què fee, ni credito se podrà dar à su deposion, è idea que èl imaginò?

97 Tambien se ha querido comprobar este intento con otras cartas, què al mismo tiempo se dize escriviò Don Christoval à Don Carlos de Briones, y Don Marcos Lopez de Vergara, en que les dava à entender no se inclinava à este matrimonio, y que era *gentil manda* la que su tio le dexava. Estas no estàn exhibidas en los autos; y aunque lo estuviessen, y fuesse cierto que les escrivia no se inclinava al matrimonio, tenia obligacion Don Christoval, por ventura, declarar su voluntad, y animo à personas estrañas? ò era mas decente, y natural escrivir à las proprias, como à su hermana, y su madre, abuela, y madre de Doña Francisca, su deseo, y resolucion, y no publicarla hasta saber la de Doña Francisca? Y aviendo intimado à esta por medio de su madre, y abuela, la voluntad de Don Christoval, què importaria que escriviesse lo contrario à los conocidos?

98 Para el mismo intento se presentò otra carta, escrita por Don Christoval al Marquès de Villanueva del Prado en cinco de Março de 75. que està *à num.* 129. de que se quieren colegir dos cosas. La vna, que no quiso casarse con Doña

Fran-

Francisca. La otra, que esto mismo se califica de no aver assentido al matrimonio que le proponia su hermana con Doña Florencia su hija segunda. Y de esta carta se prueba lo mismo que todos tienen declarado de aver estado prompto à obedecer la voluntad de su tio; pues hablando de su hermana, dize: *Y que en quanto à lo que me propone para con mi sobrina Doña Flora, lo hiziera con toda voluntad, còmo la he tenido à la disposicion de mi tio*. Luego de esta carta que en contrario se presenta, se prueba que su animo fue de casarse con Doña Francisca.

99 Aunque es verdad que no entrò en el matrimonio con Doña Flora, no se puede colegir que no tuviesse voluntad de casarse con Doña Francisca, pudiendo tener motivos bastantes para lo vno, y no para lo otro; porque siendo las personas distintas, avria desigualdad, ò en el parecer, ò en los medios; y eran mas copiosos los de Doña Francisca, porque con el mayorazgo la avia dexado su tio por heredera en la tercia parte, que sola ella era hazienda considerable, que no tenia Doña Florencia; por cuyas causas Don Christoval en su declaracion de veinte y dos de Octubre de 77. *num. 136. in fin.* dize ser cierto averle propuesto su hermana este casamiento; à que le respondiò: *Que mudando de condicion, no queria nuevos tratados.*

100 Pero de la instancia que Doña Iuana hazia à su hermano en su carta, ofreciendole à Doña Florencia su hija, se reconoce aver estado prompto al matrimonio con Doña Francisca, y que lo escriviò assi: porque si al principio quando remitiò el traslado del testamento huviera escrito, despreciando el matrimonio, como se quiere en contrario, fuera indiscrecion proponerle la hija segunda, quando no avia querido la primera, mas rica, con el mayorazgo, y herencia que la otra. Y solo esta circunstancia era natural en la hermana; porque aviendo su hermano propalado su voluntad, no se inclinò à ella Doña Francisca, y por darle satisfaccion del disgusto le ofrecia la segunda, como en satisfaccion de la quexa que podria tener por la resolucion de la primera.

101 Lo mismo manifiestan las instancias, y persuasiones de la madre, para que Doña Francisca cumpliesse con la voluntad del Marques. Porque si Don Christoval huviesse escrito, y manifestado resistencia al matrimonio, ni avria tan molestas persuasiones, ni se hablaria en ello, y entrarian todos co-

corrientes en el matrimonio con D. Estevan, pues D. Christo-
val se avia despedido de èl.

102. Sobran todas estas consideraciones à vista de la maldad que solicitò cometer el Licenciado Iuan Correa pendiente el pleyto de tenuta, llevando à Don Christoval al Convento de la Paciencia por medio de Fr. Estevan de Arnedo, Religioso de èl, donde le propuso, *que supusiesse cartas con antedatas, en que dixera, que no queria casarse con dicha Doña Francisca; y que asi ella, como su madre podian disponer casarla con quien gustassen. Y porque lo executasse le ofreciò 20ꝟ. reales de à ocho*, como lo depone dicho Don Christoval, *num.* 231. y contesta en el hecho de averle llamado de orden del Licenciado Iuan Correa el P. Fr. Estevan de Arnedo, *num.* 232. à quien Doña Antonia, hermana del dicho Licenciado Iuan Correa, le escriviò, *no se hiziera aquella diligencia, porque no resultassen algunos ruidos, y embaraços*, como èl lo depone *d. n.* 232. *in fine*.

103 De cuyo hecho se infieren dos cosas. La vna, el animo malicioso del Lic. Iuan Correa, que diò principio al intento de la resistencia de Don Christoval à este matrimonio; siendo asi, que por esta diligencia se prueba le constava lo contrario. La segunda, que Don Christoval avia escrito su deliberacion de casarse; porque si en las cartas huviesse referido lo contrario, no era necessario suponer otras, ni dar 20ꝟ. rs. de à ocho por ellas.

104. Se ha hecho mucho reparo por los Abogados de Doña Francisca, en que si fuessen ciertas se huvieran exhibido, y que ha sido fraude comunicado entre todos, deponer que en su contenido se expressava la voluntad que tenia de casarse con Doña Francisca; para cuyo efecto notan la carta de el *num.* 129. en sus vltimas palabras, que no conducen à este caso, como lo dize Don Christoval à *num.* 130. sino à la proposicion que se le hazia con Doña Florencia, como de ella misma se reconoce. Y no reparan los que alegan, y machinan esta fabrica de engaño ideado, como dizen entre Don Christoval, su madre, y su hermana, en que si le huviera fuera muy facil aver supuesto otras cartas escritas à su madre, y hermana, conteniendo lo mismo que todos han depuesto, que es lo que se dize se ha fabricado entre ellos, y no fuera esto de tanto reparo como el intento del Lic. Iuan Correa; y asi por esto se excluye todo genero de presumpcion maliciosa.

 Mu-

105 Mucha instancia se harà en la deposicion del Marques de Celada, *num.* 166. que dize averle dicho D. Christoval de Alvarado en vna ocasion, que nunca avia tenido intento de casarse con Doña Francisca su sobrina; pero si esto se lo dixo, ò por darle pesadumbre, ò por via de buena conversacion, no parece puede ofender à lo que tenia respondido à vn requerimiento, y en otra declaracion hecha con juramento. Y si esto se reduce à aversela oìdo à Don Christoval, contrapese à ello las deposiciones de Don Iorge Silveyra, *num.* 228. y el P. Bartolomè Gentil, *num.* 234. quienes deponen aver oìdo à dicho Don Christoval luego que muriò su tio, como estava prompto à casarse con su sobrina; y en esta conformidad se lo avia participado à su hermana, y remitido el testamento.

106 Ponga en parangon estos dos generos de probanças el prudente arbitrio, y hallarà, que por todos los medios possibles se ha justificado el deseo, y voluntad que tuvo Don Christoval de cumplir con la voluntad de su tio; y que para lo contrario no ay mas que oìdas, principiadas en la idea machinada en el juizio del Lic. Iuan Correa. Y aunque se quisiesse dar algun fundamento à ella, no importa en substancia al negocio; porque no ay vna palabra en los autos por donde cõste, que Doña Francisca se casò con D. Estevan, por que Don Christoval no se quiso casar con ella; sino porque fue su animo deliberado, y su gusto casar con D. Estevan, y no con Don Christoval; siendo assi, que como llevamos referido al principio de este Parrafo, no la bastava para obtener la resistencia de su tio, si ella no estava prompta à cumplir de su parte.

§. IV.

Que Doña Francisca debiò cumplir con el gravamen, y condicion, aunque se le puso pleyto sobre el Estado por Don Diego Bracamonte.

107 LA tercera causa que alega Doña Francisca de no estar obligada al cumplimiento de la condicion, ò gravamen, es, el que luego que el Marques muriò puso pleyto al Estado D. Diego Alvarado Bracamonte; y aviendo este pleyto, y pudiendole perder, no debiò cumplir este gravamen; para que se trae à Mieres 1. *part. quæst.* 57. *n.* 48. que

que dize, que si despues de la muerte del testador que puso el gravamen, ò condició à los sucessores sucediesse alguna causa, ò inconveniente, que si le tuviesse presente, ò huviesse acaecido en su vida no huviera puesto aquel gravamen, ò condicion; en tal caso el posseedor no està obligado à su cumplimiento, ni debe ser privado por la contravencion.

108 Esta conclusion es muy natural, y conforme à derecho, y la repite d. Mieres *2.part.quæst.4.illat.8. à num.297.* pero advierte el modo con que se debe hazer aprecio de esta consideracion, *num.299.* ibi: *Quæ consideratio arbitrio Iudicum, & Advocatorum in pluribus negotijs practicari potest; ante oculos semper habendo sicut speculum, testatorum voluntates supremas, ne ab illis retrocedatur, in quantum possibile fuerit. Nec oportet passim, & sine delectu istam considerationem practicare; nec est curandum, nec Iudices curare debent de voluntatibus successorum in maioratu, quæ viuis, & fundamentalibus rationibus, & legum authoritatibus non conformentur.* Y con mucha razon se debe ir con gran tiento en estas considereciones; porque estas solo sirven de congetura contra la voluntad del testador; y como dixo Bald. *in l. 1. vers. Vndè quæritur, Cod. de priuileg. dot. Coniectura est quasi connexura, & colligatura dispositionis.* Y si el testador mismo declara su voluntad, dize Baldo *est invtile, & laboriosum* el discurrir en ella.

109 Todo lo qual procede formalmente en nuestro caso, aviendo puesto el fundador aquellas palabras tan precisas: *Y si la dicha Doña Francisca no quisiere casarse con el dicho Don Christoval, mando, què en tal caso passe este Titulo, y manda à su hermana Doña Florencia, sin carga ninguna.* Que denota ser invtil trabajar en derribar esta voluntad, con vn pretexto tan flaco, como aver puesto pleyto al Estado Don Diego Alvarado Bracamonte; pues siempre que llegue à pedir el mayorazgo, lo haze sin accion, por faltarle la calidad con que fue llamada.

110 Es formal el *consejo 17. lib. 1.* de Paulo Parisio, donde se pretendia por vnas mugeres la succesion de vn feudo que avia vacado por su padre, en virtud de cierta investidura que se avia obtenido, para que pudiessen succeder las hembras; pero con la calidad de que se casassen con personas fieles al Marquès de Monferrat, y sus successores, y con consentimiento de estos señores, *vt patet num. 18.* y sin esta calidad se casò la que pretendia el feudo; y oponiendola que no avia

cum-

cumplido con ella, se escusava con que avia entonces agnados que posseian el feudo, ò tenian derecho à èl. Y sin embargo respondiò contra ellas, *ex num.* 19. y concluye en el *num.* 29. diziendo: *Ex quibus tollitur obiectio quæ posset fieri, si diceretur, tempore, quo istæ mulieres fuere maritatæ, vivere agnatos masculos, & successivè eo tempore dicta feuda fuisse plena, consequentèr consensum directi domini non debuisse requiri eo tempore, quo fuere maritatæ, vt passim videmus fieri in Regno Neapolis. Nam procederet obiectio, quando habilitatio fœminarum fuisset factas simpliciter, deficientibus masculis: in casu verò præsenti facta apparet conditionaliter, quæ nihil ponit in esse, nisi conditione purificata. Item facta apparet limitatè, & restrictiuè, & sic limitatum produxit effectum, & limitatam habilitationem ad succedendum.*

111 Y en estos terminos, y para nuestros mayorazgos sigue esta conclusion Mieres 1.*part.quæst.*51. *num.*405. ibi: *Et an fœmina gravata contrahere matrimonium cum consensu, & voluntate alicuius, vt possit succedere in aliquo maioratu, aut melioratione, excusetur, si forsan, tempore, quo matrimonium contraxit, alius erat legitimus successor bonorum maioratus, vel spe, vel actuali possessione. Constat ex resolutione Parisij cons.*17. *lib.*1. *num.*29. *cuius resolutio proderit ad masculum simili conditione gravatum; vbi resolvit, non esse excusandam talem fœminam.*

112 Estas autoridades hablan en casos mas rigurosos que el nuestro, suponiendo que otro estava en la possession, ò era legitimo successor del mayorazgo; y aun esto no escusa à la hembra para que dexe de cumplir la calidad, y gravamen con que fue llamada, por no tener derecho sin ella; pues què se dirà quando se escusa Doña Francisca por vn vano rezelo de vn pleyto que la puso Don Diego de Alvarado, no teniendo este litigio mas que el nombre, sin apoyo de razõ para ello, debiendo esperar que obtendria en justicia, como se ha experimentado en tres sentencias conformes.

113 Es lugar terminante el de Cyriac. *controuers.* 167. donde parece que D. Ioseph Pison se obligò à pagar al Conde Iulio Agnello 240. escudos, con la condicion de si fuesse condenado à pagarselos el Conde Iuan Agnello; y aviẽdole puesto demanda Iulio Agnello sobre los dichos 240. escudos, y respondido no averse cumplido la condicion, y ser incierto si el Conde Iuan Agnello seria condenado en el pleyto; responde diferentes razones, y entre otras para nuestro caso dize *num.*8.

Nec

Nec refert si obijceretur incertum esse, an obtinuisset; quia non debebat ob hanc suspicionem omittere facere, quod suum erat, & per hoc non excusatur, leg.3.§.quod ergo, ibi : *Siquidem non postulavit à Prætore, sibi imputet, ff.de contrar. action. tutel. Roman. cons.332. in princip. maximè sub num.2. Surd.decis.6.sub num.2. vers. Sed ad hoc respondebant, & decis.221.num.24. in fin. duplicata in decis.342. num. 24. maximè ; quia si prætendebat se legitimum creditorem, debebat etiam sperare, se obtenturum; cum præsumatur semper Iudicem rectè iudicaturum, & iustitiam administraturum ; leg. 2.* ibi : *Quod non arbitramur, C.de offic.ciuil.iudic.* Roman.*d.cons.332.sub num.2.* Menoch. *lib.2.præsumpt.67.n.1.& seqq.*

114 Y si el pleyto la era de impedimento, para cumplir con la condicion debiò poner toda su diligencia para removerle, y quitarle, como en el mismo caso lo advierte Cyriac. *num.* 10. cum Felin. *in cap. ex transmissa*, 10. *colum.* 1. *de præscrip.*

115 Quanto se puede alegar en contrario sobre este puntò solo puede conducir para no perjudicarse en no casarse dentro el año; pero no viene para que aviendo contravenido obtenga: porque no ay ley, ni Interprete q̃ yà que le perdonen el tiempo por el impedimento del pleyto, le absuelvan de que obtenga no cumpliendo el gravamen; y asì Castill. *lib.4. cap.* 25. que habla en estos terminos de no averse casado la legataria dentro de el termino prefinido, supone que se casò despues.

116 Para mas convencimiento de esta verdad no necessitamos de mas apoyo que la doctrina primordial de Bald. *in leg.fideicommissum,*78.*ff. de legat.*1.de donde como centro se han tirado las lineas de los demàs Interpretes, para que no perjudique el lapso de termino en el cumplimiento, Gratian.*discept.* 316. *à num.*12. Dom. Larrea *allegat.*80. *num.*5. Dize, pues, que dexada vna cantidad à vnos Religiosos para que dentro de vn año edificassen vna Capilla, y no lo haziendo passasse la manda à otro; si no se les entregò el dinero no les corre el termino del año. Pero afirma que no, porque se les dispense por el impedimento en el lapso del termino, quedàran libres de edificar la Capilla. Lo mismo refiere D.Luca *de fideicomm. discurs.*154.*num.*13.porque el impedimento solo sirve para que no corra el termino ; pues en esto en poco, ò en nada se altera la voluntad del testador ; pero no para que quedassen libres de

 edi-

edificarla; porque en esto se perjudicava totalmente à la voluntad del fundador, dando contra ella la manda, y dexandole defraudada su disposició; la qual en todo caso se debe cumplir; como en caso de mas fundada escusa de parte de el que avia de cumplir lo resuelve el text. *in leg. in testamento, 27. de condit. & demonstrat. leg. legatum, 16. de vsufruct. legat.* y en otros se decide, que la restitucion por ley, ò por remedio extraordinario no ha de perjudicar para el cumplimiento de lo que el testador dispuso, *leg. non dubium, 14. de legat. 3. leg. si quis Titio, 41. ex quib. caus. maior.*

117 Condonemosle à la otra parte, que por el pleyto no le corriesse el año; pero por donde, ò con què principios se ha de transcender à que totalmente quedasse libre del cumplimiento? Y assi por la doctrina de Baldo, y demàs Autores està convencida Doña Francisca para que debiesse cumplir la condicion, ò gravamen, y no cumplido perdiesse el mayorazgo; quanto mas no solo no aviendola cumplido, sino aviendo contravenido à la voluntad dentro del tiempo que la dieron para cumplirla.

118 Si Doña Francisca ha pensado no tener obligacion à cumplir el gravamen, sin darle el Estado libre, y sin pleyto; por el mismo principio no tendrà acció para que se la dè aora este mayorazgo, no cumpliendo de su parte con la condicion, y gravamen de averse casado con quien el testador dispuso. Y si no dèse razon de diferencia, para que por que no se le dava el Estado libre no estuviesse obligada al cumplimiento entonces, y aya de querer aora el Estado sin pleyto, y sin cumplir có la voluntad del testador. Porque no cabe en sana Iurisprudencia que yà que por el pleyto se la suspendisse la obligacion de cumplir por entonces con el gravamen, la diesse permisso para casarse con otro, y hallarse por su hecho incapaz de cumplir la condicion al tiempo que se acabasse el pleyto. Lo qual no es conforme à buena razon, y se tiene por excluìda, *vt in specie dicunt* Iason *in leg. turpia legata, de legat. 1. notabil. 3.* Carol. Ruin. *cons. 126. lib. 2.* y este es el intento de Paul. Paris. *cons. 17. lib. 1. à num. 19.*

119 Lo cierto es, que solo ha sido pretexto, y pura alegació de los Abogados de Granada este fundaméto; pues de los autos consta, que D. Francisca para no casarse con su tio nunca tuvo presente este motivo, y le abandonò como invtil; porque cós-
tan-

tando de ſus confeſsiones, y declaraciones las muchas eſcuſas que proponia para no caſarſe, nunca tomò eſta en la boca para no cumplir con la diſpoſicion del fundador. Y pues eſta no la tuvo por eſcuſa, ni la moviò para no caſarſe, no ay razon para gaſtar tiempo, y papel en ſatisfacer à eſte motivo. Y ſi ſe quiſieſſe hazer aprecio de èl, què condicion, ò gravamen de los teſtadores tendria efecto? Pues à qualquiera es facil diſponer con vn tercero que le puſieſſe pleyto cō qualquier aparente pretexto; y con eſto ſe echava por el atajo, y ſe librava del cumplimiento del gravamen. Ni el recurrir à la juſticia, ò injuſticia del pleyto ſeria medio proporcionado; pues de aquel ſaldria otro, ſobre ſi era afectado, ò no. Y ſiendo meneſter tan poco para colorear vna demanda, caſi ninguno ſe libraria de apoyo en el latiſsimo eſpacio del arbitrio, para hallar eſcuſa, y no cumplir con la diſpoſicion de los teſtadores. Y aunque faltaſſen las doctrinas puntuales, y autoridades referidas para eſte intento, baſta eſta razon natural para deſpreciar eſta pretextada eſcuſa.

Reſpondeſe al tercero fundamento, en que pretende Doña Franciſca aver cumplido con el gravamen, ò que ſe debe entender aver cumplido, aviendoſe caſado con Don Eſtevan de Llarena à inſtancia de ſu madre.

120 ESta pretenſion ſe funda en las depoſiciones de algunos teſtigos, que la oyeron dezir, *que cómo ſu tio fueſſe à Islas ſe caſaria con èl, pero no por poderes, ni paſſar à Eſpaña, ſino viendole por ſus ojos.* En lo qual conteſtan Doña Iuana de Alvarado, Don Buenaventura Perez, el Marquès de Villanueva del Prado, y otros muchos teſtigos preſentados, aſſi por parte de Doña Franciſca, como por la de Doña Florencia; con cuya reſpueſta dize cumpliò con la condicion, y gravamen que el fundador la impuſo, ibi: *Y ſi la dicha Doña Franciſca no quiſiere caſarſe con el dicho Don Chriſtoval, mando, que en tal caſo paſſe eſte Titulo, y manda à ſu hermana Doña Florencia, ſin carga alguna.* Y conſtando por eſte medio de la voluntad que tenia de caſarſe con dicho ſu tio, debe obtener el mayorazgo, *ex leg. in teſtamento,* 31. *ff. de condit. & demonſtr.*

121 Pero à eſte fundamento ſe responderà: Lo primero, pro-

probando que su voluntad, y animo fue no casarse con Don Christoval su tio, sino con Don Estevan de Llarena: Lo segundo, con que no fue bastante esta respuesta, con la limitacion *de que no avia de ser por poderes, si no passando su tio à Islas, y viendole primero*: Lo tercero, porque aunque huviesse sido absoluta la respuesta, faltò à la condicion.

122 La primera razon por donde se satisface à este motivo, es por lo que resulta de los autos, y deposiciones de los testigos; porque haziendo juizio del contenido de todos, y de los diferentes tiempos en que hablan, se hallarà que la resolucion de dicha Doña Francisca fue no casarse con Don Christoval su tio, sino con Don Estevan. Y que aunque algunas vezes dezia, que passando su tio à Islas se casaria con èl, era solo pretexto, ò respeto à las personas que se lo persuadian, como à su madre, y el Marquès de Villanueva del Prado su cuñado, por no dezirles claramente, que no se queria casar con èl. Este concepto resulta notoriamente de la probança hecha por Doña Florencia en el juizio de renuta à la quarta pregunta, que es *memor. fol.* 70. Y lo que consta por todos los testigos es, que el testamento del Marquès se leyò en casa de Doña Iuana de Alvarado por el mes de Octubres del año de 74. Y en quanto à la resolucion que tenia la dicha Doña Francisca de cumplir con la voluntad, y gravamen del fundador, estàn varios los testigos, quienes deponen en tiempos diferentes de lo que la oyeron dezir, y les passò con ella, de donde se debe colegir su animo, y voluntad.

123 Don Buenaventura Perez dize: Que por el mes de Diziembre de dicho año de 74. que fue mas de dos meses despues de leìdo el testamento, le embiò Doña Francisca vn recado con Andrès de Arango, en que le dezia *la hiziesse gusto de llegarse à la Gorbarana à proponer à su madre como era su gusto casarse con Don Estevan de Llarena*; son palabras formales, *memor. fol.* 72. *B. in fin.* que la diò el recado à dicha Doña Iuana, y hizo muchas demonstraciones de sentimiento; y que aviendose quedado solo con la dicha Doña Francisca, para advertirla lo mal que hazia en no cumplir con la voluntad del Marquès, y dar gusto à su madre; *la dicha Doña Francisca dixo al testigo, llorando. Ya he oìdo todo quanto ha dicho mi madre; à mi no me dà cuydado, mi madre no es quien se casa, que yo soy quien se ha de casar, y no ha de querer mi madre que yo me case contra mi gusto*, memor.

mor.fol.73.in fin. Y la dicha Doña Iuana, *fol.71.in fin.y B.* contesta con lo referido, y que sintiò mucho la ossadia de su hija, porque no la hablò en algunos dias, *fol.71. B. in princ.* En quanto à este acto ay estos dos testigos mayores de toda excepcion; y siendo posterior à la publicacion del testamento, se reconoce el animo, y resolucion que tenia de no casarse con Don Christoval.

124 Valiòse Doña Iuana de Alvarado de muchas, y diferentes personas, para que persuadiessen à su hija à que la diesse gusto, y cumpliesse con la voluntad del Marquès; como fueron dicho Don Buenaventura, y el Marquès de Villanueva del Prado, y sus Confessores. Y el dicho Don Buenaventura en la ocasion arriba referida, instandola, y persuadiendola, dize *fol.73.B.in medio; y despues de muchas instācias, y persuasiones, le respondiò al testigo la dicha Doña Francisca: Que si su tio Don Christoval de Alvarado viniera à esta Isla, que ella lo viera, se casaria con èl; mas que por poderes no se avia de casar, ni tampoco passar à España.* Contesta con lo mismo Doña Iuana de Alvarado: y el Marquès de Villanueva del Prado, *num.250.dize, que aviendo instado à Doña Francisca diesse gusto à su madre, ponderandola las conveniencias que perdia; le respondiò con palabras dudosas, aunque vino à dezirle, que lo haria passando su tio à Islas.*

125 Esta respuesta, como se reconoce de estos testigos, y de los demàs, diò Doña Francisca, viendose acosada de su madre, y de las personas de autoridad, que la persuadian al contracto de este matrimonio; quizà considerando era indecente à su persona, y calidad, responder que estava resuelta à casarse con Don Estevan; pero à las personas con quien podia hablar con libertad, les explicò su animo de no quererse casar con Don Christoval: lo qual dixo, y expressò muchas vezes en el mismo tiempo que diò la respuesta sobredicha, y despues; *al mismo tiempo* se reconoce de la deposicion de Pedro de Lorenço, criado de la casa, *num. 247.* en que por el mes de Diziembre dize la diò el parabien del Marquesado, diziendola: *V.S. me tiene muy à sus plantas para servirla en todo lo que se ofreciere de aqui à España.* Y à estas razones, respondiò Doña Francisca, diziendo: *Pedro, yo te agradezco la voluntad, que à ninguno otro pudiera con mas desengaño llevar en nuestra compañia: mas à Florita le puedes dar à entender essa voluntad, que es à quien passarà el Marquesado; porque mi inclinacion no es passar la mar, que à las*

aguas

aguas que vaya me causa ruido; y si como es vn Marquesado, fueran dos, los pongo todos à las plantas de mi hermana.

126 Andrès de Arango, que depone estuvo presente à las instancias de Don Buenaventura, y contesta este, y Doña Iuana de Alvarado en aver estado presente, dize, *fol. 75. B. circà principium*, que despues de aver passado la session de dicho Don Buenaventura, *hablandola el testigo à la dicha señora Doña Francisca, que por què no cumplia con el gusto de su madre; le respondiò, que el Marquesado le venia à su hermana Doña Florencia, que lo alargava de buena gana, que bien que no caìa en ninguno de la calle; y en esta ocasion antes de casarse algun tiempo, le dixo al testigo, que à ella la avia querido Don Estevan de Llarena antes que huviesse muerto su tio, siendo pobre, y que aora que tenia hazienda, y su tio se la avia dexado, no era buena correspondencia faltarle.* Adviertase, que su tio el Marquès la avia dexado por heredera en vna tercia parte, que por via de transaccion importò 44U. pesos, y de esta riqueza habla, y no la del mayorazgo.

127 Maria Iorge, *num.* 255. dize: *Que algunos dias despues de hechas las honras (que es el mismo tiempo de que vamos hablando) estuvo en la Gorbarana; y aviendo sabido de Doña Iuana quan disgustada estava, pues que su hija Doña Francisca no se queria casar con Don Christoval; la testigo fue à hablar à Doña Francisca, y la dixo, que por què no dava gusto à su madre, y se casava con Don Christoval; sabiendo que si no lo hazia perdia el Estado, y passava à su hermana Doña Florencia. A que Doña Francisca le respondiò: Maria, yo no tengo de casar con mi tio, que mi gusto tengo de hazer, que quando mi madre no quiera, me entrarè en vna Religion à servir à Dios, que yo no me he de casar por vn Titulo, que tanto me importa à mi el comprarlo, como comprar aquel picadero, que vale dos quartos: que alli estava Florita, que le viniesse en hora buena, que como de essas cosas la dexava.*

128 Esto mismo explicò Doña Francisca despues de la respuesta condicional que avia dado; y lo depone Fray Nicolàs Conrado, Regente de San Agustin, que dize, *num.* 250. Que por Enero, ù Febrero de 75. viendo muy disgustada à Doña Iuana, porque su hija no queria casarse con su tio, y pedidole la persuadiesse à ello, el testigo lo dixo por entonces, y bolviò de alli à ocho dias à ver à Doña Francisca, *y preguntandola en què estado estava el casamiento de su tio à Doña Francisca, le respondiò, que no tratava de casarse con Don Christoval, ni se acordava de*

esso;

esso; y aviendola el testigo referido las conveniencias que perdia si no lo hazia, respondiò, que no queria Marquesado, conveniencias, ni riquezas, casandose contra su gusto; y aviendo oìdo esta resolucion, se fue, y no hablò mas en ello.

129 Doña Maria del Castillo Valdès y Medina, parienta de Don Estevan de Llarena, dize, *num.* 245. que aviendo corrido publicamente que Doña Francisca no se queria casar con su tio, sino con Don Estevan de Llarena; y por el mes de Abril de 75. en el Convento de San Francisco, dia del Buen Pastor, estando tambien en dicha Iglesia Doña Iuana de Alvarado, y sus hijas, *llegò esta testigo, y aviendolas saludado se apartaron à vn lado la dicha Doña Francisca, y esta testigo, y aviendola dado como los parabienes à la dicha Doña Francisca Viña de lo que se dezia en el Lugar de que se casava con el dicho Don Estevan, se rehusava, y escusava en responderla; à que esta testigo la bolviò à instar, y dezirla: Doña Francisca, quien todo lo niega, todo lo confiessa; y à esto respondiò la dicha Doña Francisca; Doña Maria, es cierto que algo de esso ay: pensar que yo me he de casar con otro que no sea Don Estevan de Llarena, es impossible: èl solo ha de ser mi marido, porque èl quiere, y yo tambien.* Y aviendola alabado su resolucion, la advirtiò, *que si la dava licencia diria la testigo à Don Estevan, y à su madre el animo, y fineza que mostrava al dicho Don Estevan; à que la dicha Doña Francisca dixo à la testigo, que si, que le dava licencia para que se lo dixesse*, y assi lo executò.

130 Don Melchor Francisco de Barrios, Theniente de la Isla, *num.* 253. dize, que fue publico que Doña Francisca se queria casar con Don Estevan de Llarena, y no con Don Christoval su tio. Luis Perez Ventura de la Cruz, dize, *num* 252. que entrando en casa de Don Estevan, y oyendo que se casava con Doña Francisca, replicò; *pues no dizen que se casa con Don Christoval su tio; respondiò Don Estevan: Mas se quiere casar conmigo, aunque pierda vn Titulo de Castilla.*

131 Constando esto por las deposiciones de los testigos referidos, y computando los tiempos, se reconoce, que al mismo tiempo que respondia, *que passando su tio à Islas se casaria, pero no por poderes, y que le avia de ver con sus ojos*; dezia à otros, que no se queria casar con èl, sino con D. Estevan; en cuya determinacion se mantuvo despues, como parece de los testigos, que deponen de actos del mes de Enero, Febrero, y Março del año siguiente de 75. con que no se puede dudar de su culpa, y con-

contraversion. En el mismo caso de este pleyto lo siente assi Sfortia Odd. *cons.* 39. de que abaxo se harà mencion del requerimiento hecho à Pedro, para q̃ casasse con vna de las hijas de Antonio, y respondido, *quod volebat illam priùs videre, & scire quantitatem dotis illius,* dize para el punto, *num.* 3. *Tertio, & fortius, quia ipse Petrus coram testibus dixit, se nolle accipere in vxorem dictam Annam, vt constat in processu coram Reverendissimo Nuncio facto; vndè non potest in dubium revocari, an per eum steterit, vel per D. Annam, cum ipse eam expressè recusaverit ad notata per omnes in leg. in testamento, la segunda, de condit. & demonstr.*

132 Y esto mismo se colige de otro acto posterior, en que se manifestò su resistencia; pues aviendo embiado Don Christoval vna cadena de oro, y queriendosela echar sobre la garganta Doña Iuana su madre en nombre de Don Christoval, no lo permitiò Doña Francisca, diziendo, *que se la echassen à su hermana Flora, que esso, y mucho mas la dexava.* Y aunque este hecho le niegan las otras partes, està justificado plenariamente por tres testigos contestes de vista, y sciencia; que son la dicha Doña Iuana de Alvarado, *num.* 272. Clara Perez, *num.* 273. Maria Iorge, *num.* 276. y otros siete testigos de oìdas, y Andrès de Arango, testigo de la probança contraria, *fol.* 35. B. *num.* 89. *in fin* refiriendo la remission de la cadena, dize lo mismo què los testigos antecedentes. Y este testigo solo, como de la otra parte basta para la probança de este hecho, aunque no huviera otra.

133 Y no solo se justifica la repugnancia de dicha Doña Francisca à este matrimonio por los medios dichos, sino tambien por otras dos consideraciones. La primera, por lo que resulta de los testigos de la probança de Doña Florencia, que deponen el que aviendose leido el testamento del Marquès, saliò Doña Francisca triste, y llorosa, por el gravamen, y condicion que se le ponia de casarse con su tio; y no pudiera tener este pesar, y afliccion, si assentia al matrimonio, como quiere dar à entender. La segunda, que antes de la muerte del Marquès, fundador del mayorazgo, estava tratado el casamiento con Don Estevan, como lo depone Iuan Luis, *num.* 81. testigo de la probança contraria; y otro *à num.* 195. en su probança de la propriedad; y lo deponen contestes Doña Iuana de Alvarado, y Don Buenaventura Perez, *num.* 285. *y* 286. Y à esto mismo alude la respuesta que diò à Don Andrès de

Aran-

Arango, *fol.*75. *B.* que queda referida, de que Don Estevan la avia querido antes de morir su tio, y siendo pobre, y que no era buena correspondencia dexarle aora. Y lo que dize Don Buenaventura, *fol.*74. *B. in principio*, persuadiendola al casamiento, ibi: *Y que aun los mas estraños que antes deseavan se casasse con Don Estevan, eran ya de contrario parecer.*

134 Estas dos circunstancias acreditan, que la resolucion era de casarse con Don Estevan, y no con Don Christoval, por ser muy natural, que siendo los tratados tan antiguos se despreciasse qualquiera conveniencia, estando ya empeñada la voluntad.

135 La segunda razon con que se desvanece la respuesta de Doña Francisca, es no aver sido absoluta, sino limitada, de que se casaria passando su tio à Islas, y no por poderes. Y que esta huviesse sido la respuesta que dize diò, consta de su misma probança, el Licenciado Francisco Fernandez, *num.* 78. *fol.*33. *in principio*, ibi: *Pero ha de ser con condicion, que venga à estas Islas, y le vea yo, que con esso me casarè, mas por poderes, ni passar à España, no lo tengo de hazer.* Andrès de Arango, *num.*76. ibi: *Y ella respondiò: Que como su tio fuesse à la Isla, y lo viera por sus ojos, se casaria con èl; pero que ni por poderes, ni passar à España, no lo avia de hazer.* La misma Doña Francisca en la declaracion de posiciones, *fol.*84. *circa principium.* ibi: *Porque lo que digo es, que escriva mi madre à mi tio Don Christoval, que venga à estas Islas, que estoy prompta à casarme con èl; pero por poderes, ni embarcarme, no lo tengo de hazer menos que no lo vea.*

136 Para que dicha Doña Francisca cumpliesse con el gravamen, y condicion que se le impuso, era necesserio, que fuessen vniformes la condicion, y la respuesta de ella: de tal manera, que siendo la condicion absoluta de casarse con su tio, fuesse tambien la respuesta absoluta, y sin calidad alguna. Pero poniendole alguna calidad, ò condicion, *nihil agit*, y no obedece à lo que se le manda, *l.* 1. §. *Si quis simplicitèr, ff. de verb. oblig.* ibi: *Si quis simplicitèr interrogatus, responderit, si illud factum erit, dabo, non obligari eum constat.* Y dà la razon mas abaxo: *Non enim sic respondit, vt interrogatus est.*

137 Para este punto, y todas las circunstancias de este Pleyto, es terminante el caso, que trae Esforcia Odd. *cons.* 79. donde parece, que se avia dexado algun legado considerable à Don Pedro, con calidad, de que casasse con alguna de las hijas

jas de Antonio, y por estar la menor en vn Convento, y aver-
la hecho vn requerimiento vicioso, llevandolo esto mal Anto-
nio su Padre, pidiò dos cosas: Vna, que se declarasse aquella
interpelacion por nula; otra, que se le preguntasse, si le queria
casar con Ana su hija mayor. Y lo que respondiò, fue lo mis-
mo que en nuestro caso Doña Francisca, *vt in principio dict.*
consil. verf. *Secundò*, ibi: *Secundò, vt interrogaretur d. Petrus, an*
placeret sibi acceptare in suam coniugem alteram filiæ suæ natu maio-
rem dicti Antonij, ad implendam conditionem d. legati, in casu dicta-
rum nuptiarum, eiusdem relicti. Et quod D. Petrus interrogatus res-
ponderit, quod volebat illam prius videre, & scire quantitatem dotis
illius. Y Antonio intentò, que esta respuesta era nula, y vicio-
sa, y el Vicario de aquella Ciudad la declarò por bastante; de
que se apelò al Nuncio de la Sede Apostolica de Florencia, y
se revocò la sentencia del Vicario, *vt ibi*, verf. *Et quod ab hac*
sententia.

138 Esforcia Odd. en este *Consejo à num.* 1. prueba lata-
mente el vicio de esta respuesta, y no ser bastante; y por con-
currir tambien las demàs circunstancias de este Pleyto, es pre-
ciso poner à la letra los numeros primeros, que tratan de este
caso, ibi: *Ad primum caput dubitationis respondeo, quod secundum ea,*
quæ supponuntur, D. Petrus non sufficientèr respondit, & in summa,
quod per eum stetit, quominùs impleretur d. conditio nuptiarum. Et
propterea, quod in hoc capite sententia D. Vicarij fuit ritè, & rectè re-
vocata per Auditorem R. Nuntij, idque ex pluribus.

139 *Primò: Quia non dicitur simplicitèr respondere, qui sic*
conditionalitèr, & in suspenso remanet, ad notata per Bartol. & alios,
in l. 1. de vulg. & pupillar. Secundò: Quod imò nullo modo dicitur ad
interrogata respondere, & satisfacere, qui tam obscurè, & ambiguè res-
pondet. l. de ætate, §. Nihil, de interrogator. action. Vberto de Bobio,
deposit. num. 55. & 44. & Iacob. de Aren. eod. tractat. depos. num.
11. Ruin. cons. 115. num. 7. in 5. Et obscurè dicitur respondere, qui
sua responsione non certificat, neque iudicem, neque partem, Iacob. de
Aren. deposit. num. 1. per dict. §. Nihil. vbi ad litteram, & leg. vo-
luit, §. fin. ff. eod. cum similibus. Tertiò, & fortius: Quia ipse Petrus
coram testibus dixit se nolle accipere in vxorem d. Annam, vt constat
in processu coram R. Nuntio facto: vndè non potest in dubium revo-
cari, an per eum steterit, vel per D. Annam; cum ipse eam expressè
recusaverit, ad notata per omnes in l. 1. Cod. de instit. & substit. & d.
leg. in testamento, la 2. de condit. & demonstr.

Y

140 Y à nuestro corto entender, la respuesta no solo no es bastante, sino evidente contravencion, por dos razones. La primera, porque siendo Doña Francisca la gravada, y obliga- da à cumplir la condicion, debiendo poner su hecho, y dili- gencias para ello, *vt supra diximus à num.* 107 en la respuesta re- ferida, echa de si este peso, y le encarga à Don Christoval; di- ziendo, que passe à las Islas, y se casarà. Luego es consiguiente, que no cumple. La segunda, porque el gravamen es absoluto, y comprehende en la voluntad del testador todos los medios, y casos por donde se pudiesse cumplir, *leg. si quis sic stipuletur* 56. *ff. solut. matrim.* ibi: *Hac enim conceptione omnes hi casus conti- nentur, leg.* 240. *ff. de verb. signif.* Y casandose por poderes cum- plia con la condicion, *vt supra diximus num.* 47. Y no querien- do executarlo por este medio, como ella misma lo confiessa, es clara oposicion à lo que se le mandò; yà porque reprueba el medio proporcionado al cumplimiento, yà por derogar, y limitar la voluntad del Fundador, no queriendo, que le obli- gue en todos los medios, y casos que comprehende, sino en el que ella elige.

141 La tercera razon, que desvanece la respuesta de Do- ña Francisca, consiste en que dado caso que Doña Francisca huviesse respondido absolutamente, que casaria con su tio, sin calidad, ni condicion alguna, no cumpliò con la condicion, y faltò à ella, aviendose casado con Don Estevan de Llarena: porque no se cumple con la condicion con dezir, *Quiero*, no contrayendose matrimonio. Porque aunque las palabras de la condicion, fueron, *si no se quisiere casar con Don Christoval*, fue lo mismo que dezir, si no se casasse, text. express. *leg. Pater Severinam*, 101: *ff. de condit. & demonstr.* donde se le dexò el fi- deicommisso à Ælio Philipo, *si Severina no se casasse con èl.* Y responde el texto: *Ælio Philippo, fideicommissum ita datum vi- deri, si ei Procula defuncti filia nubere nolluisset.* Con que lo mismo es para la condcion del matrimonio, dezir el Testador: *Y si no quisiere casarse la dicha Doña Francisca*, que dezir: *Y si no se casà- re.* Y esto mismo prueba la *ley in testamento, in princip ff. de con- dit. & demonstr.*

142 Lo qual queda mas claro, reparando, que no se satis- facia à la mente del Testador con la voluntad de casarse Do- ña Francisca, sin llegar à execucion. Pues el deseo del Mar- quès fue, se casasse con Don Christoval, para que este Mayo-

raz-

razgo se conservasse en su Casa, y Linage. Y puso aquellas palabras precisas de su voluntad, y deseo, ibi: *Que precisamente luego, sin dilacion, y que no passe de vn año, efectùe dicho casamiento, por ser assi mi voluntad; porque quede vnido la calidad, y conservacion de la Casa.* Y nada de esto se consigue, con que Doña Francisca dixesse, *Quiero*, absolutamente en terminos de legado dexado à muger, con calidad, y condicion de *si quisiere casarse*, Fontanel. *de pact. nuptial. claus. 6. gloss. 3. part. 3. per totam*; & *maximè à num.* 14. ibi: *In nostro casu clarum est, quod testator non legavit filiæ, sub simplici, & nuda conditione, si volet, nec voluntatem eius considerauit respectu legati, si illud vellet habere: nec etiam considerauit solam voluntatem respectu nuptiarum, idest solam voluntatem nubendi; sed imò effectum, vt nuberet: atque ita conditio non potest dici adimpleta ex sola voluntate nubendi, & declaratione illius, sed pro eius implemento opus est, quod actu nubat, & hoc casu ex verisimili mente testatoris, illa verba, si tamen nubere voluerit, intelligi debent cum effectu, atque ita nisi postquam filia nupserit non potest habere legatum.* Y por muchos numeros siguientes prueba esto mismo, y refiere à Ruin. *in cons.* 42. in vers. *Ad quod respondetur, vol.* 2. Pat. Sanchez *de Matrim. lib. 6. disput. 22. num.* 10. Menoch. *cons.* 60. *num.* 46. Honded. *cons.* 57. *num.* 27. *lib.* 2. y otros muchos.

143. Aviendose casado Doña Francisca con Don Estevan de Llarena, aunque huviesse dicho antes, queria casarse con su tio, no puede aver escrupulo en su exclusion, como en los mismos terminos lo asienta Sforcia Odd. *dict. cons.* 79. *num.* 4. Pues aunque Don Pedro avia respondido con aquella calidad, *quod volebat illam prius videre*; y pudiera aver duda, si avia respondido bastantemente, dize *dict. num.* 4. *Quartò, & cessat omnis scrupulus; quia ipse Petrus pendente lite super eius responsione, accepit aliam vxorem; vnde facto ipso irrevocabili impedivit matrimonium inter ipsum, & filias d. D. Antonij.* Y en el *num.* 6. *& tantò magis in præsenti rescaret difficultate; quia vxor D. Petri viuit, & non potest aliquomodo tractari amplius de matrimonio inter eum, & filias d. Antonij; quia non est sperandus infælix eventus vxoris suæ, leg. inter stipulantem, §. Sacram, de verb. oblig. cum vulgaribus, & sic in casu in quo sumus nos, cessat prorsus omnis scrupulus, & omnes scribentes, tàm in dict. leg.* 1. *quàm in dict. leg. in testamento, in hoc concordant.* A vista de estas razones, y lugares no parece que se puede dar oidos à la respuesta capciosa, de que se casaria con su tio, passando à Islas; porque demàs de no aver sido bastan-

te,

te, como queda justificado; y solo à fin de entretener el tiempo, como lo depuso Fray Iuan Capistrano *num. 292.* fue su animo repugnante à este matrimonio, queriendo solo casarse con Don Estevan, como lo mostrò la experiencia.

144. A este fundamento, que cierra todo genero de discurso, se procura responder con vn hecho imaginado; que Doña Iuana de Alvarado, madre de Doña Francisca, dolosamente procurò no cumpliesse la condicion, casandola con Don Estevan à fin de que Doña Florencia lograsse el Titulo, y la renta; y que ya sea porque otro tercero la impidiò el cumplimiento de su condicion, ò por el engaño de la madre, ò por las instancias que la hizo para el matrimonio con Don Estevan, se debe tener la condicion por cumplida, ò concederse restitucion *in integrum* contra ella, como parece de las doctrinas que despues se alegaràn.

145. Para aclarar la cofusion de las conclusiones que à bulto se alegan, y comprehenden en este motivo, que no solo prueban su intento, sino le excluyen, se han de distinguir en esta materia los actos de pura omission del menor de los de comission, con contravencion à lo que el testador mandò se hiziesse, para que el menor pueda ser restituìdo *in integrum*, y perciba lo que se le dexò cō la calidad, y gravamen. En los actos de omision se puede conceder la restitucion, aunque en este caso ay gravissimos Autores que defienden lo contrario; pero en los de comission, contraviniendo à la voluntad expressa del testador, no ay texto, ni doctrina segura que la pueda conceder, no haziendo lo que el testador mandò. La razon de diferencia es clarissima; porque en la restitucion contra los actos de pura omission, se satisface con ella al daño que padeciò el menor, sin perjudicarse à la voluntad del testador. En los segundos, siendo la restitucion vna reposicion en el antiguo estado, para que puesto en èl, cumpla el menor el mandato del testador, no es aplicable la restitucion, aviendo ya contravenido en caso que no puede enmendar, para obedecer de nuevo, *leg. quod si minor, 24. §. Scævola, ff. de minorib.* ibi: *Si quidem omnia in integro sint, audiendus est.*

146 Y si se abusasse deste beneficio, se perjudicava al derecho natural, y civil, obteniendo el menor por tal contra la voluntad del dueño, lo que nunca quiso que tuviesse, sino cūpliendo la condicion, *leg. pater Severinam, ff. de condit. & demonst.*

monstr.leg.2.Cod.de instit.& subst. que habla en especie de casarse con primo, ibi: *Nec extraordinario auxilio indiges*, y este es la restitucion *in integrum*, Fulgos. que habla en estos terminos, *cons.61.* Cald.Pereyr. *in leg. si curatorem, verb. Vel adversarij dolo, num.81.* Mieres *de maiorat. 2. part. quæst.4. illat. 8. num.175. cum seqq.* Cyriac. *controv.240.* que trahe otras muchas razones; y entre otras, que no puede aver restitucion contra *voluntatem donantis*, Molin. *de ritu nuptiar. lib. 3. cap. 29. num. 84.* Sforcia Odd. *part. 2. de restit. quæst.82. art.6. num.6.* latissimè D. Iuan del Castill. *cap.127. num.58.* con otros muchos que refiere Roxas *de incompat. 3. part. cap.1. à num 47. & ibi Addit. qui plures refert à num.104.* y ay determinacion de la Chancilleria de Granada en estos terminos, D.Larr. *decis.59. per tot.* Y es imposible que aya restitucion en tal caso, siendo esta reintegracion en el estado antiguo para que el menor cumpla; mas si el cumplimiento fuesse imposible, lo es tambien le restitucion.

147 El exemplo de ambos casos està en esta disposicion, que tenia dos partes: vna, que se casasse con su tio: y otra, dentro de vn año: si dentro dèl no huviesse cumplido la condicion, y pidiesse la restitucion, para que sin embargo de averse passado el año pudiesse cumplirla, corre la restitucion, porque es acto de pura omission; aunque en este caso *post lapsum temporis*, assienten que no compete este beneficio, Ioann. Cephal. *cons.356.* Thusc. *litt. C. concl. 592. num.19.* por el derecho adquirido à otro tercero, Aymon Cravet. *cons.193 & 271. num.6.* y otros muchos que junta Castill. *dict. cap.127. num.25.* Pero no solo passò el año, sino que se casò con otro, imposibilitando el cumplimiento de lo que mandò el testador; es acto de comission contra que ya no puede aver auxilio; porque no tanto se llamaria restitucion, quanto perversion de todos derechos, dando al menor vn tan exorvitante privilegio, como que con èl no se entendiessen las voluntades de los testadores; y que sin cumplir las condiciones, y contraviniendo à ellas huviesse de percibir lo que no quisieron dexarles en perjuizio del dueño, y de aquellos à quienes en defecto de no cumplir, quiso el testador que lo tuviessen, son formales, Franc. Molin. *de ritu nuptiar. lib.3. quæst.29. num.83.* Simon Prætis *de interpret. vltim. volunt. lib.4 dub.1. num.4.*

148 Esta diferencia de actos, y verdadera razon de derecho, expressò el Iurisconsulto en la *ley 3. §. & si hæres, 8. ff. de mi-*

minorib. en la especie de dexar vn testador la herencia à vn menor hijo de familia debaxo de la condicion, si su padre le emãcipasse dentro de cien dias; tiene las mismas dos partes esta disposicion, la emancipacion, y que fuesse dentro de los cien dias; no le emancipò dentro del termino, y pidiò el menor la restitucion; dize el Consulto que se le darà contra el lapso del termino, con tal que el padre le emancipe; porque la restitucion solo cabe contra el acto de omission, pero no la puede aver para que perciba la herencia sin emanciparle el padre, *dict. §. si hæres. Dicendum erit posse eum in integrum restitui, parato patre eum emancipare.*

149 Lo mismo sucede en otras especies; en las quales, aũque por equidad aya de tenerse por cumplida la condicion, es siempre perseverando la voluntad del testador, para que se haga lo que se dispuso; como se vè en los singulares casos de la *ley 3. §. fin. ff. de condit. caus. data, leg. fin. Cod. de condit. insert.* Y assi, si estuviessemos en termino de que aun passado el tiempo se pudiesse cumplir condicion, y gravamen, corria la restitucion; pero no pudiendo cumplirla, no cabe en entendimiento humano hallar medio de que se obtenga vna herencia contra la voluntad del que la dexò; y que atropellandola de lleno, se pretenda lo que sin ella no puede adquirirse, pudo el tio dexarla à quien quisiesse: dexasela con la condicion de casarse, y sin esta no se la dexa. Por què parte, ò razon se pide, sin tener llamamiento, ni voluntad; pues no le tiene en caso de no cumplir? Paris. *cons. 17. lib. 1. à num. 18.* Y assi en esta atencion siempre los Tribunales han sentenciado en esta conformidad, D. Larrea *dict. deciss. 59.* Acebed. *cons. 4. num. 48.*

150 Los Autores contrarios que han querido conceder restitucion à la menor en este caso, ha sido dexandose llevar de las circunstancias que ocurrieron en los pleytos sobre q̃ escrivieron. Vnos, porque dezian, que la menor no avia sabido, ni tenido noticia de la disposicion, y gravamen. Otros, que no huvo malicia en la menor, sino dolo, y engaño en los padres, que la persuadieron, à que no perderia el Legado, y por diferentes medios la engañaron, teniendo la Legataria buena fee, y deseo del cumplimiento de la voluntad del Testador. En estos casos, y otros semejantes pareciò à estos Autores, que era proprio del oficio del Iuez socorrer à la fragilidad del sexo, acompañada de la menor edad, pero sin escrupulo de malicia,

ni

ni que tuviesse aversion al cumplimiento del gravamen del Testador. Aretino en el *cons.* 63. fuè quien disputò ad partes la question, y se inclinò à que se debia conceder la restitucion en aquel caso; porque considerò desde el *num.* 4. muy fuera de dolo à la menor, y persuadida, y engañada de la madre, y en prueba de esto aun en los capitulos matrimoniales pactò, no avia de ser traducida *ad domum mariti* en el tiempo prohibido por el testador, como se puede reconocer en Castill. *lib.* 6. *cap.* 127. *num.* 29. que trae estas circunstancias.

151 Y como en estos casos el cumplimiento de la condicion no tanto falta por ella, quanto por el dolo, y malicia de los padres, que obligaron, ò con persuasiones, ò amenazas à la hija, à que se casasse à gusto de ellos, y no del Testador, quieren dàr à entender ser muy natural, y conveniente la restitucion, pues no estuvo por la menor dexar de cumplir con el precepto, sino por aquellos terceros, que impidieron el cumplimiento de la obligacion de la hija. Y asi *quo ad eam*, quieren, que *conditio habeatur pro impleta*, ex Bertrand. *cons.* 148. *lib.* 1. Bald. *cons.* 357. *lib.* 1. D. Molin. *lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 20. Sanchez *lib.* 1. *disp.* 33. *num.* 27. Castill. *lib.* 4. *cap.* 25. à *num.* 38.

152 Antes de passar al hecho, à que no pueden convenir estas doctrinas, es necessario hazer distincion del impedimento que los padres ponen, para que la hija no cumpla con la condicion, y gravamen. La distincion la puso con elegancia, y magisterio Bartulo *in leg.* 31. *circa finem, ff. de condit. & demonstr.* Distingue el impedimento puesto directamente del que se puso obliquamente; en aquel admite, que se tenga por cumplida la condicion; y en este, que totalmente falte. Para que se vale de la decision terminante del texto *in leg.* 3. §. *Si quis servum*, 7. *& leg. non omne*, 38. *ff. de statu liber.* Con esta fundada distincion se debe advertir, si los padres se opusieron, è hizieron cara à la hija, para que no cumpliesse con la condicion. Porque poco importaria alguna obliqua diligencia, en que diessen à entender, que seria mayor gusto suyo, que casasse la hija con otra persona, que la expressada por el Testador; porque en tal caso ninguna opinion admite, que la condicion se tenga por cumplida, *vt benè, & cum magno iudicio*, resolvit Castillo *lib.* 6. *cap.* 127. *num. final.*

153 Tambien se debe considerar, en quanto à esta opinion

nion la diverſidad de tiempos. Porque antes del Concilio de Trento pudo tener algun apoyo, que era compulſion, y fuerça el guſto de los padres, para el matrimonio de los hijos. Porque la patria poteſtad les eſtrechava en cierto modo à no caſarſe ſin el conſentimiento de los padres, *cap. aliter* 30. *quæſt.* 5. *iuncta Gratiani nota, quam ab alij omiſſam expendit*, D. Ramos *lib.* 4. *ad ll. Papias reliquat.* 31. *num.* 4. Baſil. Ponc. *de matrim. lib.* 2. *cap.* 2. *Et pro antiqui, & novioris iuris differentia Cardinal. Sforcia in hiſtoria Tridentin. lib.* 22. *cap.* 4. Pero yà quitada aquella honeſta neceſsidad, *ex Tridentin. ſeſſ.* 24. *cap.* 1. no puede ſer probable aquella opinion, *benè refert* Molino *lib.* 3. *de ritu nuptiar. cap.* 29. *num.* 62. ſi bien pudo ſer diſculpable en los que la defendieron antes del Concilio.

154 Y tambien ſe debe hazer diſtincion, y reparo, en ſi las inſtancias, y perſuaſion ſon del padre, ò la madre. Porque en aquel, el ſexo, y la patria poteſtad preciſſan al hijo, para que tuvieſſe por imperioſa la inſignuacion; *ex leg. ſi patre cogente*, 22. *cum vulgatis, ff. de ritu nuptiar.* Senec. *de benefic. lib.* 3. *cap. vltim. Parentibus meis parui, cesſi imperio eorum, ſivè æquum, ſivè iniquum fuit, obſequentem, ſubmiſſumque me præbui*, Quintil. *de clamat.* 181. *Rogo, dicit, immò iubet, non ſunt enim præces, vbi negandi libertas non eſt; & ita Lesbonicus ille patrem alloquebatur apud Plautum pro ingenio, ego me liberum eſſe ratus ſum, pro imperio tuum.* En la madre, la excluſion de aquel concepto imperioſo, que ſea compulſion, y fuerça la fragilidad del ſexo, *leg. quiſquis, verſ. Ad filias, Cod. ad leg. Iul. Maieſt. leg.* 2. *tit.* 2. *part.* 7. *Cicer. pro Muræna Cujac. lib.* 7. *obſerv. cap.* 11. *Alciat. lib.* 9. *parærg. cap.* 19. Hering. *de fideiuſ. cap.* 7. *num.* 93. y el defecto de patria poteſtad, *§. fœminæ inſtit. de adoption.* Y por eſſo con grande dificultad ſe admite, que aun las inſtancias repetidas en el precepto de la madre, induzcan medio reverencial, Baſil. Ponc. *lib.* 4. *de matrim. cap.* 5. *num.* 2.

155 Y lo cierto es, que ſe cayera en notable inconveniente, ſi con pretextos ſemejantes eſtuvieſſen libres los hijos de cumplir el precepto del teſtador; pues con grande facilidad ſe fraudaria ſu voluntad, como lo nota Mieres 1. *part. quæſt.* 50. *ex num.* 52. Fontan. *de pact. nupt. clauſ.* 6. *gloſ.* 3. *p.* 4. *n.* 31. & D. Covarr. ab eo relatus, que no quiſo aſſentar la propoſicion referida, Molin. *de ritu nuptiar. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 62. ibi: *Rurſus, indè ferè ſemper voluntates relinquentium deficerent: hoc enim colore nuſquam*

filiæ talibus nuberent, adiectas conditiones licitas, & honestas eluderent adversus iuris dispositionem, quando commodo legati, vel donationis privari non possent: Sæpius enim parentes cum filiabus colluderent, dum alios viros filiarum suarum optarent, quasque cum relictis, vel donatis ab alio sub dicta conditione dotarent, quod ingens foret malum, & pessimi exempli.

156. Don Iuan del Castillo, que en el *lib. 4. cap. 25.* avia sido de contrario dictamen, se reforma, *lib. 6. cap. 127. num. 63.* donde despues de aver referido ambas opiniones, y lo que èl avia dicho, dize, que en este punto se ha de proceder con mucha discrecion, reconociendo si la persona gravada estuvo prompta al matrimonio, è hizo sus diligencias para que tuviesse efecto, y el padre lo estorbò, y contradixo, y vnas vrgentissimas, y evidentes congeturas, que acreditassen el precepto, y compulsion, excluyendo afectacion en el padre, ò en el hijo, de tomarle por medio de abandonar, y fraudar la voluntad del testador, *cui fabet à contrario sensu, leg. 79. §. fin. ff. de condition. & demonstrat.*

157 Teniendo à la vista lo què resulta de estas conclusiones, se hallarà con quan poco motivo se quieren aplicar al pleyto, para que à Doña Francisca la pueda competir el beneficio de restitucion por el engaño que suponen de la madre, para que no cumpliesse la condicion, y lograsse Doña Florencia el mayorazgo. Para esto era necessario probar, y ajustar de los autos el que Doña Iuana su madre tuvo resistencia à que su hija Doña Francisca casasse con Don Christoval, y que la disuadiò de este intento. Y mirando lo que resulta de la prueba de Doña Florencia, à la 3. y 4. pregunta se hallarà calificado con testigos de vista, y hecho proprio el deseo de la madre, para que la hija executasse este matrimonio, y la aversion à el de Doña Francisca.

158 Pero caso que por esta probança no se quisiesse governar el Iuez, què dirèmos, si en la misma probança de Doña Francisca estuviesse probado, y justificado lo mismo? Andrès de Arango, vno de sus testigos, *num. 76.* dize: *Que Doña Iuana de Alvarado siempre tuvo animo de que Doña Francisca casasse con Don Christoval, y cumpliesse con lo que le ordenò el Marquès.* Y en el fin del numero: *Y en lo demàs que contiene la pregunta, siempre fue el deseo de Doña Iuana que Doña Francisca cumpliesse lo ordenado por el Marquès, sobre que huvo muchos enfados con ella. Lo qual sabe por*

aver-

averselo oìdo dezir à Doña Iuana de Alvarado, y averlo visto en algunas ocasiones. Y en el *num.*102.dize, *como la dicha Doña Francisca estava debaxo de la tutela de dicha su madre, y no le diò el gusto que queria en que se casasse con el dicho Don Christoval su tio: antes bien à su disgusto se casò con el dicho Don Estevan, que es persona de mucha calidad, y nobleza.* El Marquès de Villanueva del Prado, cuñado de dicha Doña Francisca, dize, *num.* 86. de las persuasiones de su madre, y suyas, para que Doña Francisca casasse con Don Christoval: Y añade, *que lo sabe por aver hablado à la dicha Doña Francisca en el tiempo que la dicha su madre la hazia las instancias para que se casasse con el dicho su tio.* Matias de Iragorri, *num.*75. y Don Alonso de Salcedo, *num.*60. dizen lo mismo, y Leonor Perez, *num.* 83. *in fin.* dize: *Y en este tiempo viò à Doña Iuana muy afligida; y preguntandola la testigo, que què tenia? respondiò: Que su hija no le dava gusto en cumplir con el testamento de su tio.*

159 Todos estos testigos son presentados por Doña Francisca, y deponen lo referido à la quarta, y septima pregunta; y los demàs, que son el Licenciado Francisco Fernandez de Lugo, *num.*78. Barbara Hernandez, *num.*79. Iuan Luis, *num.*81. el Licenciado Diego de Herrera, *num.*84. Pedro Correa, *num.* 85. deponen, que respondia la dicha Doña Francisca à las instancias de Doña Iuana: *Yo soy hija de obediencia, y obedecerè à mi madre, y me casarè con mi tio, como venga à las Islas; ù otras palabras semejantes.* Y la misma Doña Francisca lo tiene confessado, *fol.*83.*B.* Luego el mandato, y gusto de su madre, era que se casasse con Don Christoval: luego no la hizo instancia, ni persuadiò que no cumpliesse la voluntad de su tio. Luego todos los lugares que se alegan para que se entienda cumplida la condicion, por la hija que se casà por gusto, è instancia del padre, no solo no favorecen à Doña Francisca, sino que son contra ella, pues se casò contra el mandato, y obediencia de su madre.

160 Quiere colorearse fundamento tan invtil con que Doña Iuana su madre capitulò à Doña Francisca con D.Estevan en 22.de Iulio del año de 75. y en ellas dize, *que el dicho casamiento se haze con mi acuerdo, y voluntad, y de todos sus deudos.* Y estando probado lo contrario poco importa esta assercion. Mas considerando que se pone en dichas capitulaciones, nace

della la congetura, y preſumpcion de lo contrario: porq̃ ſiem-
pre ſe ſupone q̃ las hijas ſe caſan à guſto de los padres; y eſta
expreſsion tan irregular ſolo ſe hizo à fin de dar algun guſto
à los contrayentes, y por decencia de la miſma hija; Lo qual
ſe prueba con lo articulado à la 9. preg. por Doña Florencia,
en que ſe juſtificò, que Doña Iuana no queria intervenir en
eſcriptura ninguna, por hazerſe eſte matrimonio contra ſu
guſto, y à perſuaſió de las perſonas principales de aquella Isla;
y por el credito de ſu hija, y de Don Eſtevan intervino en di-
chas eſcripturas.

161 Pero aunque dieſſemos, ſin perjuizio de la verdad,
que Doña Iuana de Alvarado vino en el caſamiẽto de ſu hija
con Don Eſtevan, què importàra eſto para la contravencion?
Porque como llevamos referido del lugar de Bartul. *in leg. 31.
in fin. de condit. & demonſtr.* ha de ſer impedimento directo el
que los padres pongan à la hija en el eſtorvo de la voluntad
del difunto, oponiendoſe el intento, y voluntad de ambos; la
vna de cumplir con la diſpoſicion; y los otros de oprimir, y
violentar ſu voluntad para lo contrario, ſin que baſte para ello
alguna obliqua diligencia de diſuadirla del intento de cum-
plir con la voluntad. Y aun eſto no ha avido, por no aver
llegado el caſo de diſuadirla; pues eſtuvo Doña Franciſca
ſiempre reſuelta à caſarſe con Don Eſtevan, ſin inclinacion à
Don Chriſtoval. Y las peſadumbres, y reſentimientos de la
madre nacieron, de que ſe caſava la hija contra la voluntad de
Doña Iuana, y diſpoſicion del Teſtador.

162 De que nace, que no ſe puede excogitar motivo al-
guno, para tener por cumplida la condicion, ni pretender reſ-
titucion contra ella. Pues aun dado que huvieſſe compulſion
de la madre, no baſta eſta, como queda referido; y mucho me-
nos, conſiderando la edad, y capacidad de Doña Franciſca:
porque à los adultos, y capazes de dolo, no ſe concede la reſti-
tucion. Y los Autores principales de la opinion contraria tu-
vieron eſte motivo por de grande aprecio, vti Morot. *reſp. 97.
num.* 18. donde la hembra à quien defendia, era pupila al
tiempo del teſtamento, y quando contraxo el matrimonio de
doze años. Y que ſea muy digna de obſervacion eſta circunſ-
tancia con Cephal. Ruin. Corn. Ripa, Mieres, y Don Iuan
del Caſtill. *dict. lib. 6. cap.* 127. *num.* 42. Pues ſi vemos à Do-
ña Franciſca de 19. años con valor, y animo de reſiſtir à ſu
ma-

madre, y todas las perſonas principales de la Isla, que la inſtavan al cumplimiento de la voluntad del Fundador; como puede aver capacidad para que à vna malicia, y reſolucion tan declarada del menor, tan capaz de dolo, conceda el derecho auxilio alguno de reſtitucion?

163 Haſe ponderado mucho el dolo de la madre, en que todo lo diſpuſo à fin de que perdieſſe el Mayorazgo Doña Franciſca, y le conſiguieſſe Doña Florencia. Pero aviendoſe de probar eſte, ex indicijs perſpicuis, *vt ex l. dolum, Cod. de dolo*, bien ſe dà à entender, ſegun lo que queda referido, que no ay medio, ni motivo, no ſolo para preſumirlo, pero ni aun para imaginarlo. Y para mayor comprobacion veaſe la pregunta 14. en el juizio de la propriedad, *num.* 180. en que articulò la ſolicitud de la madre, para que Doña Franciſca ſe caſaſſe luego, con el fin de que eſta perdieſſe, y la otra lograſſe; y al fin de la pregunta, dize el memorial: *No ay teſtigo que la diga.* Y en la pregunta 11. fol. 97. articulò tambien el engaño de la madre, y ſolicitacion de las voluntades de Don Eſtevan, y Doña Franciſca para el matrimonio, y por eſte engaño perdieſſe Doña Franciſca, y heredaſſe Doña Flora; y no ay teſtigo que la diga; ſolo Andrès de Arango, que depone ſobre eſto, y dize lo contrario, *num.* 102. Pero aunque fueſſe cierta la ſolicitud, y abreviaſſe el caſamiento de Doña Franciſca, como puede ſer culpable? Porque viendola lexos de ſu obediencia, y reſuelta de executar ſu guſto, y pueſto el pleyto de Tenuta por Don Diego de Alvarado, era preciſo declarar el miſterio, porque el pleyto ſe avia de proſeguir: y eſtando Doña Franciſca en animo, y reſolucion de caſarſe con Don Eſtevan, para que fueſſe la parte legitima, que ſiguieſſe el pleyto, era preciſo ſe executaſſe el matrimonio, y ſe ſiguieſſe por Doña Florencia, à quien tocava el Mayorazgo. Que fueſſe eſte el animo, ſe reconoce de la declaracion de Doña Frorencia, *num.* 73. y de que los poderes, aſsi de la vna, como de la otra parte, no ſe embiaron haſta averſe caſado Doña Franciſca. Pues no fuera razon, que por eſta ſe empezaſſe el pleyto, y le proſiguieſſe Doña Florencia, eſtando en animo deliberado de caſarſe con Don Eſtevan.

164 Toda la fuerça del dolo pone la otra parte, en que Doña Iuana ſu madre no eſcriviò à ſu tio Don Chriſtoval la verdad de lo que paſſava. Pues aviendo reſpondido, que ſe ca-

ſaria con èl,paſſando à Islas,no por poderes, ni embarcandoſe para Eſpaña, Doña Iuana le eſcriviò, que no queria caſarſe con èl,ſino con Don Eſtevan de Llarena.

165 Eſte reparo ſolo puede ſervir de evaſion frivola à vna clara contravencion,porque la madre eſcriviò la verdad; pues (como llevamos referido *à num.*) eſtava en fixo conocimiento,que la reſolucion de ſu hija era caſarſe con Don Eſtevan: porque al miſmo tiempo,antes, y deſpues que reſpondia ſe caſaria con ſu tio, paſſando à Islas,declarava à otros ſu manifieſta voluntad de no quererſe caſar con èl, ſino con Don Eſtevan. Y por ello tenia los reſentimientos, que ſe manifieſtan de los autos,con la hija. Y en el modo de reſponder eſta, bien conocia la madre,que ſolo era cumplimiento, y no atreverſe à dezirla, *No quiero*, cara à cara,ni à las perſonas de autoridad,que la perſuadian. Y por eſta cauſa era preciſo eſcrivir à DonChriſtoval ſu hermano la verdad de no inclinarſe ſu hija à caſarſe con èl. Pues ſi le eſcrivieſſe con la duda, y limitacion de la reſpueſta de ſu hija,ſabiendo ſu madre lo contrario, engeñaria à ſu hermano; y paſſando eſte à Islas, ſe exponian todos à vn lance muy arduo,y peſado.

166 Aſsi lo declarò Doña Iuana à Don Buenaventura, quando le dixo la reſpueſta de Doña Franciſca, como èl lo depone *fol. 74. in principio*, ibi: *Dixo, que ella no avia de eſcrivir à ſu hermano, que dezia ſu hija, que como vinieſſe à Islas,ſe caſaria con èl, ni avia de exponerlo à que le hizieſſe mayor deſayre, en que vinieſſe,y ſu hija no ſe quiſieſſe caſar con èl; que no le avia de eſcrivir ſino claramente lo que paſſava, y que dezia ſu hija, que no ſe queria caſar con èl.* Y el Licenciado Franciſco Fernandez de Lugo, teſtigo preſentado en contrario,*num.78.in fin.* dize lo miſmo.

167 Facilmente ſe podia aver remediado por Doña Franciſca toda eſta maquina de dolo, que alega con lo que dezia, q̃ yà que ſu madre no queria eſcrivir à ſu tio, como ſe caſaria con èl paſſando à Islas, ella ſe lo avia de eſcrivir, como ſe lo dixo à Fray Diego de Eſcobar, de que depone eſte, *num. 249. circa finem.* Si era cierta eſta reſolucion, como no ſe atreviò à eſcrivirſelo? Claro eſtà, que muger de ſus obligaciones no le eſcriviria vna coſa, para executar otra, ni llamarle, para que fueſſe teſtigo de ſu proprio deſprecio.

168 Pero para la contravencion no importa al caſo, que la madre huvieſſe eſcrito à ſu hermano,que paſſando à Islas ſe

ca-

casaria su hija con èl. Dèmos que no solo esto, sino que absolutamente le escriviesse, sin limitacion alguna, que estava Doña Francisca prompta à casarse con èl: Si despues se casò con Don Estevan; què importarian estos avisos, y cartas antecedentes? como arriba lo tenemos notado, ex Sforc. Odd. *cons.* 79. *num.* 4.

169 De aqui nace con quanta injusticia se ha defendido este pleyto contra los procedimientos de la madre, no aviendo renglon en la defensa, que no se explique con la palabra *dolo, fraude, cautela, y engaño* de Doña Iuana de Alvarado, siendo obligacion entre personas de esta calidad, y respeto de hija à madre, que aunque fuesse cierto se dixesse con rubor, y verguença, por hablarse no menos que contra su madre. Mas siendo impostura, como se manifiesta de lo que resulta de los autos; y viendose por ellos, que cumpliò à vn mismo tiempo Doña Iuana con la obligacion de madre, y del encargo de su tio el Marquès de Azialcaçar, solicitando por todos medios que su hija cumpliesse con su voluntad, y lograsse la vtilidad, y beneficio dexado por el fundador: Què juizio se podrà hazer de esta defensa, ni razon de Doña Francisca? Pero què juizio se ha de hazer à vista de que en el juizio de tenuta se alegò, y articulò en la tercera pregunta, que no tuvo sciencia, ni noticia de la fundacion del mayorazgo, ni calidad dèl. Y al mismo tiempo dize, y alega, que estuvo prompta al matrimonio encargado en la fundacion, como su tio passasse à las Islas, valiendose de medios contrarios, y opuestos; que denota la poca razon, y justicia de la causa, *leg.* 1. *Cod. de furt. leg. mutuis, ff. pro socio,* Surd. *cons.* 92. *num.* 11. & *cons.* 320. *num.* 13. Gonçal. *in reg.* 8. *gloss.* 54. *num.* 24. Menoch. *de retin. remed.* 3. *num.* 516.

170 Y aunque ha litigado siempre con esta nota, por aver pretendido el mayorazgo contra la voluntad expressa del fundador, se manifiesta mas la sinrazon con el recurso de la segunda suplicacion: no bastando à dimover, y apartar del yerro intentado, tres sentencias conformes; vna, la executoria de tenuta, y las dos de vista, y revista de la Chancilleria en la propiedad; debiendo tener presente, que el remedio de la segunda suplicacion se abriò solo para vn caso en que con notoria injusticia sea cōdenado el que le intenta, *vt à contrario, ex leg.* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *Recopil. leg. Præfecti* 17. *ff. de minor.* Pereyr.

de

de manu Reg.cap.37.num.37.versicul.Adhuc. Pero este pleyto tiene vno de dos estados, ò claro à favor de Doña Florencia, de que son testigos mas de treinta Iuezes, que le han votado en las tres instancias, *leg.vltim.Cod.de fideicommiss. leg. hac consultissima, Cod.qui testam. facer.poss.* Vicent. Lyrinens. *adversus prophanas novitates, cap.*37. ò algun genero de duda, que es lo mas que podiamos conceder à Doña Francisca. Y en esta duda, ò ambiguidad, no es dable en las mil y quinientas, y segunda suplicacion, se aparte de lo determinado concordemente por todos los Tribunales; siendo no solo las tres sentencias, sino cada vna bastantes à declarar la duda à favor de Doña Florencia; y especialmente la excutoria de tenuta, que en la forma ordinaria se diò por los Iuezes de las tres Salas; cuya autoridad, y resolucion denota el firme derecho de la parte, *leg.1. ff. de Offic.Præfect.Prætor.* Mieres 3.*part. in initio, num.16.* Suelves *cons.91.num.23.tom.1.*

171 Y con especialidad en este caso, atendiendo à los Iuezes que la dieron, venerados en todo el mundo por su sabiduria, como siempre lo han sido, y son los de este Real Consejo.

172 Y caso que esto no excluyesse qualquiera duda en ella, siempre se debe sentenciar à favor del que tiene derecho por la executoria, que es el que con ella funda su intento; y para ser condenado no se puede alegar duda, sino que sea convencido de injusticia clara, *vt suprà.*

173 Pero aunque Doña Florencia no tuviesse consigo el privilegio de tantas sentencias, mirando, y teniendo presente lo que en casos semejantes se ha determinado; se hallarà que siempre ha sido contra el intento de Doña Francisca, como se executoriò en la Chancilleria de Valladolid en el caso de Doña Maria de Almaràz, y Gonçalo de Almaràz, en que escrivieron Acebed. *cons.*4. y Iuan Gutierr. *cons.*17. y este, *num.* 19. y aquel, *num.*48. dizen, que no por vna, sino por tres sentencias conformes se votò à favor de Gonçalo, excluyendo à Doña Maria, que es el caso mismo de este pleyto.

174 Minadoi. *in constit. Regni, in 6. notab. num.17. in fin. &* 18. donde *excepta legitima*, se le privò de todo lo demàs, por no aver casadose la hija segun la calidad que el padre la avia puesto.

175 En Cataluña, Ramon.*cons.94. & 95. in fin.* que pone la exe-

executoria contra Angela Blanes, ſin embargo de aver eſcri-to en contrario Fontanela, como arriba queda dicho.

176 Sforcia Odd. *conſ.*79. que es en terminos de eſte caſo, ſin embargo de aver reſpondido, que queria ver primero la perſona que ſe le proponia para el matrimonio, por averſe caſado con otra, ſe le privò del legado, ſegun la ſentencia del Nuncio de Florencia, como alli refiere.

177 En la Chancilleria de Granada, la deciſsion cèlebre del ſeñor Larrea *deciſ.*59. en que ſe propuſo, ſi à la menor podia competir el beneficio de reſtitucion contra el precepto, ù condicion de *nubendo certo generi perſonarum*, dize, *num.* 12. *in quo opinionum conflictu, Senatus reſtitutionem eſſe denegandam decrevit, ne voluntas inſtitutoris primogenij eludatur*, que exorna latiſsimamente en toda la deciſsion.

178 Y el pleyto mas ſolemne, y de mas determinaciones ha ſido el preſente, en que por tres ſentencias conformes de Tribunales tan grandes, ſe han aprobado eſtas opiniones.

179 Por cuyas cauſas eſpera Doña Florencia obtener en eſte juizio. Salva in omnibus, &c.

Lic. D. Alfonſo Caſtellanos y la Torre.